Ein Beitrag zur Lehre vom übergesetzlichen Notstand

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Erich Wolff
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berichterstatter: Prof. Dr. Arthur Wegner.

1936
Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Einleitung:

Das Problem der Lückenergänzung 1
Zulässigkeit der Lückenergänzung — Zulässigkeit der Analogie zuungunsten und zugunsten — Besonders sorgfältige Lückenergänzung bei Rechtfertigungs- u. Entschuldigungsgründen — Art der Lückenergänzung —

A. Notstand — ein deskriptiver oder normativer Begriff? . 7

B. Voraussetzungen des Notstandsbegriffes 8

C. Der Notstand — ein Problem der Rechtswidrigkeit und Schuld 11
1. Die Natur des § 54 StGB. 11
2. Die Einheitlichkeits- und Differenzierungstheorien . 13
3. Der „unverbotene" Notstand 15

I. Hauptteil: Die übergesetzliche Rechtfertigung . . . 16
1. Die Rechtswidrigkeit: Tatbestandsmäßigkeit — Indiz der Rechtswidrigkeit; Wesen der Rechtfertigungsgründe — Materielle Rechtswidrigkeit 16
2. Wann kann eine Notstandshandlung übergesetzlich gerechtfertigt werden? 21
A. Die Zwecktheorie 22
B. Die Güterabwägungstheorie als Grundlage der Entscheidung: 23
a) Das Problem der Wertungen 26
b) Subsidiarität der Notstandshandlung . . . 30
c) Die Notstandsfähigkeit der Rechtsgüter und die möglichen Notstandsfälle 31
I) Kollision öffentlicher mit öffentlichen Interessen 31
II) Kollision privater mit privaten Interessen 32
III) Kollision privater mit öffentlichen Interessen 33
IV) Kollision öffentlicher mit privaten Interessen 35
V) Sonderfälle:
α) Die Gefahrgemeinschaft . . . 37
β) Der Pflichtennotstand — Ausnahmen vom Notstandsprivileg 39

C. Berichtigung und Einschränkung der Güterabwägungstheorie 43
a) Berücksichtigung des Gemeinwohls . . . 43
b) Das Regulativ des „angemessenen Mittels“ . . 44
I) Vermeidung einer übermäßigen Störung des Rechtsfriedens bei Vornahme der Notstandshandlung 44
II) Die Täterpersönlichkeit 45
D. Die Verschuldung der Notstandslage . . . 47
E. Nothilfe — Die Einwilligung des Gefährdeten . 50

II. Hauptteil: Die übergesetzliche Entschuldigung . . 52
1. Abschließende Regelung der Entschuldigungsgründe? 52
2. Wann kann eine Notstandshandlung übergesetzlich entschuldigt werden? 54
A. Der Schuldbegriff — Die Lehre vom normativen Schuldelement 54
B. Die Frage der Zumutbarkeit eines rechtmäßigen Verhaltens im Notstand 55
a) Die seelische Zwangslage — Der Selbsterhaltungstrieb 55
b) Berücksichtigung dieser Momente de lege lata . 56
c) Der Standpunkt des Reichsgerichts . . . 58
d) Bedenken gegen die Anwendung des Gedankens der Nichtzumutbarkeit? 58
e) Der Maßstab der Zumutbarkeit . . . 62
f) Rechtsphilosophische Betrachtungen . . . 63
C. Nothilfe 64

Schluß: Einbeziehung des übergesetzlichen Notstandes bei der Schaffung eines neuen Strafrechts — Kritik des Entwurfs eines Deutschen Strafgesetzbuchs — Gesetzesvorschlag . 65

Abkürzungen:

E.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
G.A.	Archiv für Strafrecht
G.S, Ger.S.	Gerichtssaal
HdR.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster
IKVM.	Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung — N.F. = Neue Folge
J.W.	Juristische Wochenschrift
Olsh.	v. Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch
Str.Abh.	Strafrechtliche Abhandlungen
VDA.	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
VDB.	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil
Z.	Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.

Tempora mutantur, die Zeiten ändern sich — und mit ihnen die Gesetze! Trotzdem aber werden sie den Tatsachen und Geschehnissen, wie sie sich im Leben zutragen, nie in vollem Umfange gerecht werden können. Mag der Gesetzgeber sich im einzelnen noch so sehr bemühen, allen Vorkommnissen Rechnung zu tragen: stets wird es Fälle geben, an die er nicht gedacht hat oder die infolge Weiterentwicklung von Technik und Verkehr einer gesetzlichen Regelung harren[1]). Der Gesetzgeber ist daher in Berücksichtigung dieser unumstößlichen Tatsache in jüngster Zeit dazu übergegangen, entweder nur den Endzweck, den er mit seiner Regelung erreichen will, anzugeben, ohne bestimmte Vorschriften über die möglichen Mittel und Wege zu erlassen[2]), oder dem Richter die Ermächtigung zu erteilen, etwa auftauchende Lücken selbst zu ergänzen und den zu beurteilenden Fall nach dem Grundgedanken des Gesetzes zu entscheiden[3]).

Ein Zweifel darüber, ob der Richter in den Fällen von Lücken, in denen er keine Anweisung zu einer sinngemäßen Anwendung des Gesetzes hat, dieses ergänzen oder einfach die Entscheidung mit der Begründung ablehnen soll, für die zu beurteilende Frage fänden sich im Gesetz keine positiven Bestimmungen, besteht m. E. nicht. Denn aus keinem Gesetz läßt sich ein anderer Wille des Gesetzgebers als der erkennen, daß der Richter die Lücken, so gut er dazu imstande ist, zu ergänzen hat. Eine andere Auffassung würde überdies rechtspolitisch untragbar sein, als sie jeder Weiterentwicklung des Rechts hemmend im Wege stehen würde. Diese Ausfüllung der im Gesetz vorhandenen Lücken ist vornehmste Aufgabe des Richters. Hier kann er zum Wohle und Nutzen seiner Volksgenossen mithelfen, bis zur Regelung durch den Gesetzgeber eine befriedigende Lösung zu finden, sich an der Erneuerung und Schöpfung des Rechts beteiligen. In solchen Fällen kann er seine volksnahe Verbundenheit mit der Gemeinschaft bekunden und beweisen, daß er mehr ist als lediglich eine Subsumtionsmaschine.

---

1) Erinnert sei daran, daß im Strafgesetzbuch eine Bestimmung über die Strafbarkeit einer Handlung desjenigen, der einen fremden Ring ins Wasser wirft oder der einen fremden Vogel aus dem Käfig davonfliegen läßt, oder im Fall des sogen. Münzfernsprecherbetruges bei Selbstanschlußapparaten fehlte.

2) vgl. § 25 Reichsstraßenverkehrsordnung.

3) vgl. § 56 Reichserbhofgesetz.

Für das Gebiet des Strafrechts hat man im Zeitalter des Liberalismus große Erörterungen über die Frage geführt, ob es im Strafrecht erlaubt sein könnte, durch Analogie zuungunsten des Täters vorhandene Lücken zu ergänzen und auch andere Tatbestände, die nicht im Gesetz aufgezählt sind, für strafbar zu erklären. Hierbei vertraten sowohl Schrifttum als auch Rechtsprechung einhellig den Standpunkt, daß eine derartige Analogie unzulässig sei[4]). Man klammerte sich ängstlich an den Grundsatz „nulla poena sine lege" oder auch in der anderen Formulierung „nullum crimen sine lege". Nicht mit Unrecht bezeichnete Liszt einst diesen Leitsatz als die Magna Charta des Verbrechers. Im Zwischenreich hielt man es sogar für angebracht, ihn in die Verfassung aufzunehmen. Erst die durch die Novelle vom 28. Juni 1935[5]) erfolgte Änderung des § 2 StGB. setzte allem wissenschaftlichen Streit über die Zulässigkeit einer Analogie zuungunsten des Täters ein Ende. Nunmehr hat der Richter die Befugnis erhalten, den Täter, auch wenn seine Handlung nicht den Tatbestand einer im Gesetz beschriebenen strafbaren Handlung erfüllt, zu bestrafen, „wenn seine Tat nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient". Hierdurch hat ein alter deutscher Rechtsgedanke, der erst durch die französische Revolution verdrängt worden war, wieder Eingang in unser Strafgesetz erhalten. Es war dies Art. 105 der Peinlichen Hals- und Gerichtsordnung Karls V. Er gestattete damals dem Richter, nach freier Überzeugung das Recht zu ergänzen oder wenigstens durch Analogie den einem bestehenden Strafgesetze zugrunde liegenden Rechtsgedanken auf die Tat anzuwenden:

„Von unbenannten peinlichen Fellen und straffen.

Item ferner ist zu vermerken, inn war peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff in disen nachvolgenden Artikeln nit gesetz oder genugsam erklert oder verstendig war, sollen Richter und urteyler (so es zu schulden kommt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendtlichen fellen, unsern Kayserlichen rechten und dieser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurteylt werden soll, und alsdann jre erkantnus darnach tun, Wann nit alle zufellige erkantnus und straff inn dieser unser ordnung genugsam mögen bedacht und beschriben werden."

Diese bis in unser Zeitalter als unumstößlich richtig anerkannte Lehre Montesquieus von der Teilung der Gewalten ist m. E. nunmehr in all den Fällen, in denen der Richter wie ein Gesetzgeber

4) Davon zeugt noch die bereits nach der Machtübernahme durch die nationalsozialistische Bewegung ergangene Entscheidung über die Benutzung eines Selbstanschlußmünzfernsprechers unter Verwendung von Zweipfennigstücken, E. 68, 65 = JW. 1934, 1241.

5) RGBl. I, 839.

zu entscheiden hat[6]), er der „königliche Richter" ist, praktisch aufgegeben. Trotzdem ist zuzugeben, daß hierdurch keinerlei Schäden für die Lebensinteressen des Ganzen, für das Gemeinwohl entstanden sind — im Gegenteil! Der Richter ist jetzt in der Lage, aus dem Grundgedanken des Gesetzes heraus eine gerechte Entscheidung zu treffen, während er sich früher bisweilen mit dem gesunden Volksempfinden in Widerspruch setzte, da das Gesetz ihm keine andere Beurteilung gestattete[7]). Auf dem Gebiet des Strafrechts ist durch die Änderung des § 2 StGB. die Folge ein erhöhter Schutz der Volksgemeinschaft: dem Verbrecher steht nicht mehr die sogenannte „staatsfreie Sphäre"[8]) zur Verfügung, in der er sich frei bewegen darf und niemand ihn an seinem andere Volksgenossen schädigenden Verhalten hindern kann.

Zwar ist bis zur Zeit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus von der herrschenden Meinung[9]) die Bestrafung von Handlungen, die nicht zu den im Gesetz aufgeführten und unter Strafe gestellten Tatbeständen gehören, unter Hinweis auf das im § 2 StGB. a. F. enthaltene Analogieverbot mit der Begründung abgelehnt worden, daß andernfalls die Rechtssicherheit erheblich gefährdet werden würde. Denn es würde dadurch die Bestrafung des einzelnen völlig in das Belieben des Richters gestellt werden. Diese Gefahr der Willkür des Richters besteht — wie die amtliche Begründung zur Neufassung des § 2 StGB. mit Recht ausführt — jedoch m. E. nicht, „da die heute gegebene Einheit der Weltanschauung dem Richter die sichere Richtschnur für den Geist gibt, in dem er die zugewiesene neue Machtbefugnis anzuwenden haben wird"[10]). Sofern weiterhin Bedenken in der Richtung bestanden haben, daß eine Handlung von mehreren Gerichten verschieden beurteilt werden könnte, so dürfte sich diese Möglichkeit zuungunsten des Täters auch nicht in höherem Umfange auswirken als dies bei

---

6) vgl. z. B. § 56 Reichserbhofges.

7) vgl. z. B. die S. 1 Anmerkung 1 aufgeführten Fälle!

8) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 296.

9) Frank 1, Lobe-Ebermayer § 2 Anm. 7, v. Olshausen § 2 Anm. 4, Gerland 67, 68, v. Hippel 36, 41, Liszt-Schmidt 110, 112, Mezger 83, Meyer-Allfeld 66, Sauer DJZ. 1933, 1465, Klee DJZ. 1934, 641 (vgl. aber 642 Anm.), vgl. ferner Gallas S. 12, Dahm und Schaffstein S. 52 (aber Note 45!); a. M. Exner, Gerechtigkeit und Richteramt, S. 50/7, 60, Peters JW. 1933, 1564, Matzke JW. 1934, 1616, Olczewski, Dtsch. Recht 1934, 279, Schmidt, Dtsch. Recht 1934, 58, mit Einschränkungen, Vacano, Dtsch. Recht 1934, 278/9.

10) Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen, S. 28.

einem gesetzlich bestimmten Tatbestand der Fall ist[11]). Im übrigen wird bei einem öfter vorkommenden Sachverhalt der Gesetzgeber die vorhandenen Lücken selbst ergänzen[12]), sodaß es überflüssig ist, Befürchtungen[13]) darum zu hegen, es werde eine zu lange Zeitspanne vergehen, bis sich der neue Analogietatbestand allgemein durchgesetzt hat. Außerdem steht dem Angeklagten in prozeßrechtlicher Hinsicht stets ein Rechtsmittel zur Verfügung, sodaß dadurch die Gefahr eines Fehlurteils ausgeschaltet sein dürfte. Schließlich ist aber darauf hinzuweisen, daß im nationalsozialistischen Staat für die Frage der Rechtssicherheit — abgesehen davon, daß diese nicht zuletzt auch durch die Richterpersönlichkeit bedingt ist — nicht die Belange des einzelnen, sondern einzig und allein die der Gesamtheit maßgebend sind: die Freiheits- und Rechtsinteressen des einzelnen Rechtsgenossen haben also stets dann zurückzustehen, wenn es sich um die Sicherung des Wohls der Volksgemeinschaft handelt. Dies ist aber durch die Neufassung des § 2 StGB. ohne weiteres erreicht: denn beeinträchtigt in seiner Freiheit ist nunmehr letzten Endes nur ein Täter, der ein nach dem Rechtsgedanken eines Gesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden strafwürdiges Verhalten einschlägt, — insoweit kommt dem § 2 StGB. m. E. eine generalprävenierende Funktion zu! — nicht aber der redliche und anständige Rechtsgenosse!

Nachdem der Gesetzgeber durch die Novelle vom 28. Juni 1935 die Analogie zuungunsten des Täters kraft positiver Bestimmung für zulässig erklärt hat, fragt es sich, ob dadurch andererseits eine entsprechende Anwendung zugunsten des Täters verboten ist. M. E. liegen indes keine Umstände vor, die den Schluß zuließen, daß eine derartige Analogie nicht mehr zulässig ist. Denn da nach wie vor hinsichtlich der dem Täter im allgemeinen nachzuweisenden Tat im Strafverfahren der Satz „in dubio pro reo" gilt, ist nicht einzusehen, warum der Richter bei der Beurteilung der Handlung nicht prüfen soll, ob nicht Umstände vorliegen, die die Tat nach gesundem Volksempfinden als nicht strafbar erscheinen lassen. Um wieviel eher muß der Richter hierzu berechtigt sein, wenn bereits die Staatsanwaltschaft als anklagende Behörde angewiesen ist, auch die zugunsten des Täters sprechenden Momente zu berücksichtigen (§§ 160 Abs. 2, 153 StPO.).

Es unterliegt keinem Zweifel, daß nur in den allerseltensten Fällen

---

11) vgl. z. B. die verschiedenen Auffassungen der Gerichte zur Frage der Rassenschande: JW. 1936 S. 750, S. 1396 und S. 1397!

12) Auf diese Möglichkeit weist Zeiler hin, der im übrigen vor der allgemeinen Zulassung der Analogie zuungunsten warnt, JW. 1935, 478.

13) vgl. Vacano, Dtsch. Recht, 1934, 279.

solche Tatsachen, die zu einer Freisprechung auf Grund eines nicht im Gesetz vorhandenen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrun des führen, vorliegen werden und daß der Richter dann äußerst sorgfältig dessen Anwendbarkeit zu prüfen hat. Denn gerade, um einer Verweichlichung des Strafrechts vorzubeugen, war der Gesetzgeber bemüht, die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe abschließend zu regeln. Trotzdem ist ihm dies nicht gelungen[14]).

Es fragt sich, auf welche Weise der Richter das Gesetz zu ergänzen hat. Unbedingt abzulehnen ist die Auffassung, der Richter dürfe hierbei ohne jegliche Bindung zu Werke gehen. Denn er hat sich trotz seiner Unabhängigkeit im Rahmen des Gesetzes zu halten. Eine ihm persönlich besser gefallende Entscheidung als die des Gesetzgebers, ein Urteil contra legem darf er, auch wenn es ihm im einzelnen Fall erforderlich erscheint, nicht fällen. Er ist stets, selbst in den Fällen einer Rechtsergänzung, dem Gesetz unterworfen, § 1 GVG.

Zu prüfen ist, ob dem Richter, wenn er sich auf ein Gewohnheitsrecht nicht berufen kann, keinerlei Momente zur Verfügung stehen, deren er sich zur Ergänzung des Rechts bedienen kann. Um eine Antwort hierauf zu geben, sind kurz Wesen und Ursprung der Rechtsnormen zu streifen.

M. E. Mayer hat eingehend dargelegt, daß das Recht auf den Kulturanschauungen eines Volkes beruhe[15]). Seine Behauptung ist in dieser Richtung anerkannt worden[16]). Jeder Rechtssatz erweist sich somit als Ausdruck der geistigen Haltung des jeweiligen Zeitalters. Damit ist zugleich der Weg gewiesen, um zu einer richtigen Ergänzung der Gesetzeslücken zu gelangen. Da jede Norm — sowohl die des Gesetzes als auch die des Gewohnheitsrechts — ihren Ursprung in der Weltanschauung eines Volkes hat, muß der Richter, wenn er auch nicht die Stelle des Gesetzgebers übernehmen darf[17]), sich an diese in dem gesamten Rechtsleben zum Ausdruck kommende Weltanschauung halten: insoweit ist er trotz seiner Unabhängigkeit bei der Rechtsergänzung gebunden[18])! Der Richter hat

---

14) Sonst wäre es überflüssig gewesen, als Rechtfertigungsgründe anzusehen z. B. die Einwilligung oder das Handeln im Interesse u. a. m.

15) Rechtsphil. 31 ff., 38; Strafrechtl. Abh., H. 50; Lehrb. 33—57.

16) Liszt-Schmidt 107 Anm. 105; Mezger 204, 241; Wachinger, Frank-Festg. I, 499, 511; die gleiche These findet sich bei Goldschmidt: die Idee der Gerechtigkeit sei durch die jeweilige Kultur bedingt (Prozeß als Rechtslage 160).

17) es sei denn, daß der Gesetzgeber es ihm gestatte,

18) Mezger 241; Wachinger a. a. O. 508; Hegler, Frankfestg. I, 272; diesen Standpunkt vertritt auch Beling (Rechtsw. u. Rechtsphil. 38—39, Z. 44, 221), wenn auch mit anderen Worten.

also die Lücken nicht „überpositiv", sondern „übergesetzlich" auszufüllen[19]). Vorhandene Lücken hat er nicht so zu ergänzen, daß eine Orientierung nach dem Ideal der Gerechtigkeit nach seiner Auffassung erreicht wird, sondern vielmehr in der Weise, daß er sich nach den aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht sowie den der Weltanschauung des Volkes zu entnehmenden Rechtsauffassungen richtet[20]).

Nachdem die nationalsozialistische Bewegung im Staat führend geworden ist, Partei und Staat ineinander aufgegangen sind, ist für die Rechtsergänzung die nationalsozialistische Weltanschauung maßgebend: einzig und allein nach ihren Grundsätzen hat der Richter die Rechtsergänzung vorzunehmen. Gegenüber dem früheren Staat ist damit vor allem die grundlegende Änderung des Verhältnisses des einzelnen Rechtsgenossen zu dem Staate und seiner Volksgemeinschaft zu berücksichtigen. An Stelle des Prinzips der allgemeinen Freiheit ist nunmehr die universalistische Staatsauffassung getreten: hiernach hat sich der einzelne in den Staat und die Volksgemeinschaft zum Dienste am Volke einzugliedern. Er ist nicht mehr das sich dem Staat etwa überordnende Subjekt, sondern es gilt der Satz „ich bin nichts, mein Volk ist alles!" Die Belange der Volksgemeinschaft und die überpersönlichen Zwecke des Staates gehen den Interessen des einzelnen Rechtsgenossen unbedingt vor. Als Glied ist dieser dem totalen Staat nur nachgeordnet: er ist ihm „zu Dienst und Gehorsam, zu Leistung und Opfer für das Wohl und Gedeihen der Volksgemeinschaft sittlich wie rechtlich verpflichtet"[21]). „Bei all seinem Handeln" hat der einzelne „die notwendige Rücksicht auf die Erhaltung des Bestandes der Nation und ihres Wohles zu nehmen"[22]).

N o t s t a n d ! Dieses Wort ist ein Problem, mit dessen Lösung sich bereits das Altertum befaßt hat[23]). Trotzdem hat es immer noch keine endgültige Lösung gefunden. So bestehen insbesondere

19) Hegler a. a. O. 272 Anm.; Schmitt JW. 62, 2793 Satz 1.

20) Lobe schlägt deshalb vor (27, 36), die Bezeichnung „übergesetzlich" durch „außergesetzlich" zu ersetzen, da es sich bei den vorhandenen Lücken nur um Fälle handelt, die außerhalb des Gesetzes zu ergänzen sind, aber nicht etwa „metajuristisch". Im folgenden wird der Ausdruck „übergesetzlich" beibehalten, da er einmal in Rechtsprechung und Schrifttum Eingang gefunden hat und die falsa demonstratio keinen Anlaß zu Verwechslungen geben dürfte.

21) Nagler in Deutsches Recht, 1934, S. 53.

22) Denkschrift des Preuß. JM., S. 5.

23) vgl. die Erzählung von den beiden Schiffbrüchigen, die um die Schiffsplanke kämpfen („Brett des Karneades").

im geltenden Recht hinsichtlich der Regelung des Notstandes Lücken. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 21. Februar 1928[24]) für diejenigen Fälle eines Notstandes, die zu regeln der Gesetzgeber unterlassen hat und bei denen es den Täter für nicht strafwürdig erachtet, eigens den Ausdruck „Übergesetzlicher Notstand" geprägt, der seitdem in der ganzen Literatur Kennwort geblieben ist. Auf keinem anderen Gebiet des Strafrechts dürfte so viel geschrieben worden sein wie gerade über den Notstand. Auch das kommende Strafgesetzbuch wird trotz aller Bemühungen eine endgültige Lösung nicht bringen. Sein § 27 stellt lediglich eine Verlegenheitslösung dar.

Notstand — dieser Ausdruck ist uns im Strafrecht so geläufig, ohne daß sich jeder darüber im klaren ist, ob es sich hier um einen deskriptiven oder normativen Begriff handelt. Hat der Gesetzgeber diesen Begriff aus dem täglichen Leben entnommen, sodaß jedermann in der Lage ist zu erklären, wann ein Notstand vorliegt, oder müssen bei ihm bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein? Wir sprechen davon, daß jemand sich in Geldnot befindet — ein Schiff gerät in Seenot oder: es brach eine Hungersnot aus, sind allgemeine Redewendungen. Das Gesetz kennt einen Diebstahl, eine Unterschlagung oder einen Betrug „aus Not" (§§ 248 a, 264 a StGB.) und es fordert die Hilfeleistung bei gemeiner Gefahr oder „Not" (§ 330 c StGB.).

Bei allen diesen Fällen handelt es sich stets um einen vorübergehenden oder länger anhaltenden Zustand. Eigentümlich ist weiter eine mehr oder minder erhebliche Gefahr. So kann ein in Seenot befindliches Schiff dem Untergang geweiht sein, wenn nicht rechtzeitig Hilfe eintrifft, während jemand bei vorhandener Geldnot noch nicht um sein Leben oder sein Vermögen besorgt zu sein braucht. Die Gefahr kann je nach ihrer Dauer und Stärke verschieden sein. Es ist weiter zu unterscheiden zwischen einer Gefahr, die einer unbestimmten Vielheit von Menschen droht (wie etwa der Gefahr der Aushungerung Deutschlands im Weltkriege) und einer solchen, von der nur einzelne betroffen werden (z. B. die drei Schiffbrüchigen, die dem Hungertode preisgegeben sind — Mignonettefall — oder beim „Brett des Karneades").

In sämtlichen aufgeführten Beispielen wollen wir zum Ausdruck bringen, daß der oder die Betreffenden sich in „Not" befinden, und mit diesen Worten nur eine Zwangslage schildern, ohne uns weiter darüber Gedanken zu machen, wie dieser Zustand beseitigt werden kann. In diesem „deskriptiven" Sinne verwendet das Gesetz den Begriff „Not" in den §§ 248 a, 264 a. Im § 330 c StGB. ist „Not"

24) E. 62, 46.

ebenfalls ein nur dem allgemeinen Sprachgebrauch entlehnter Ausdruck.

Dieser deskriptive Begriff erfüllt jedoch nicht bereits die Voraussetzungen des „Notstandes", eines Ausdrucks, den der Gesetzgeber im § 54 StGB. verwendet. Würde er es tun, so wäre eine Bestrafung des Täters, der den Tatbestand des § 248 a oder 264 a verwirklicht, nicht verständlich. Desgleichen müßte derjenige straflos bleiben, der, um sich vor Regen zu schützen, in ein fremdes Haus eindringt. Andererseits wird der Arzt, der gegen Verkehrsvorschriften verstößt, um schneller zu einem in Lebensgefahr befindlichen Kranken zu kommen, ebensowenig bestraft wie derjenige, der durch Einschlagen von Fensterscheiben ein Kind aus einem brennenden Haus rettet. In den ersten beiden Fällen liegt zwar auch ein Gefahrenzustand vor, aber trotzdem sind die Handlungen, die der Täter zur Änderung des vorhandenen Zustandes begeht, nicht im „Notstand" begangen. Beim „Notstand" handelt es sich also nicht bloß um einen deskriptiven, sondern um einen normativen Begriff: denn wie die angeführten Fälle zeigen, müssen ganz bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Es fragt sich: Welche?

Bereits bei dem Begriff der Gefahr stellen sich Schwierigkeiten ein. Die Gefahr kann, wie bereits kurz angedeutet, verschiedenartiger Natur sein. Finger[25]) hat sie näher erläutert als „eine Gegebenheit, eine Lage der Dinge, deren Sosein das allgemein gültige Urteil rechtfertigt, daß sich eine Güterverletzung entwickeln kann". Auszuscheiden aus dem Gebiete des Notstandes sind jedoch die Fälle, in denen niemand mehr die Empfindung hegt, es bestehe ein Zustand der Gefahr, in denen die Gefahr nicht mehr abnorm, sondern normal ist[26]), wie es z. B. für die Betriebsgefahr des Flugzeuges, Autos oder der Eisenbahn zutrifft. Ebenso liegt keine Gefahr vor bei Ereignissen, die so selten vorkommen, daß sie nicht voraussehbar sind[27]). Es muß sich ferner um eine erhebliche Gefahr handeln[28]), der einzelne darf seine kleinen Nöte und Sorgen nicht auf Kosten Dritter beheben. Dadurch scheidet man die Fälle aus, in denen sich zwar rechnungsmäßig ein Plus zu Gunsten desjenigen ergibt, der meint, im Notstand gehandelt zu haben, tatsächlich aber

25) Frankfestg. I, 230 ff, 239.

26) Finger a. a. O. 243.

27) Wenn jemand durch einen herabfallenden Ziegelstein getroffen wird, handelt es sich kaum noch um eine „Gefahr", sondern dann reden wir bereits von einem „Zufall".

28) Deshalb liegt mangels besonderer Momente im Falle einer Geburt noch kein Notstand vor. Die mit einer Geburt verbundenen Schmerzen zu ertragen, muß die Rechtsordnung zum Zwecke der Fortpflanzung der Menschen gebieten.

die Volksgemeinschaft ein viel höheres Interesse an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens und Nichtverletzung der Rechtsgüter Dritter hat als an dem von dem einzelnen durch Nichtausführung der Notstandshandlungen etwa erlittenen Schaden. Deshalb ist der Reisende, dem beim Hinauslehnen aus dem Zuge der Hut weggeflogen ist, nicht berechtigt, die Notbremse zu ziehen. Oder: es darf nicht ein Kaufmann ein fremdes Auto benutzen, um sich nicht den Abschluß eines großen gewinnbringenden Vertrages entgehen zu lassen.

In den §§ 54 StGB., 904 BGB. fordert der Gesetzgeber, daß die Notstandshandlung vorgenommen wird zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr. Durch dieses Erfordernis werden die Fälle ausgeschaltet, bei denen nur ganz entfernt mit dem Eintritt einer Gefahr gerechnet werden kann. Selbstverständlich ist der Begriff zur Vermeidung von Härten nicht allzu eng auszulegen. Mit Recht hat daher das Reichsgericht eine Gefahr als bereits gegenwärtig erachtet, wenn erfahrungsgemäß bei normalem Verlauf der Dinge sicher mit dem Eintritt des Schadens zu rechnen ist[29]).

Voraussetzung für die Straflosigkeit der Notstandshandlung ist ferner, daß eine Beseitigung der Gefahr auf andere Weise als durch Verletzung eines fremden[30]) Rechtsguts, das ebenso wie das gefährdete auf Unversehrtheit ein Recht hat, nicht möglich ist. In diesem Punkte gerade unterscheidet sich der Notstand von der Notwehr: die im Widerstreit befindlichen Rechtsgüter stehen einander gleichberechtigt gegenüber, während bei der Notwehr der rechtswidrig Angreifende von der Rechtsordnung keinen Schutz beanspruchen kann. An dieser Voraussetzung einer „auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr" ist, wenn auch vereinzelt Bedenken laut geworden sind[31]), festzuhalten. Würde man dieses Erfordernis fallen lassen, so würde dadurch eine erhebliche Vermehrung der Notstandshandlungen und Störung des Rechtsfriedens eintreten. Dem Bedrohten wird nun zwar meist die Flucht möglich sein oder die Notwehr. Ihn jedoch stets auf die Möglichkeit der Notwehr zu verweisen, erscheint m. E. zu weitgehend und auch abwegig. Denn einmal kann im Wege der Notwehr ein viel größerer Schaden angerichtet werden, da das Gesetz eine Verhältnismäßigkeit nicht fordert, sodann aber wird der Bedrohte (z. B. aus Mangel an körper-

29) E. 61, 255; 36, 339; LZ. 10, 403; vgl. andererseits JW. 63, 422.

30) Es muß sich um das Rechtsgut eines Dritten (mag es ein privates oder öffentliches sein) handeln. Im Fall einer Kollision mit einem eigenen Rechtsgut liegt kein echter Notstand vor, da ich jederzeit einwirkungsberechtigt bin, also ohne Störung des Rechtsfriedens einen Ausgleich herbeizuführen in der Lage bin.

31) vgl. Dölle, Vhdlg. des 34. DJT. I, 133.

lichen Kräften) oft nicht imstande sein, den Angreifer niederzuringen. Der Schaden, der dann entsteht, läßt sich nicht sofort überblicken. Zur Frage der Flucht ist andererseits darauf hinzuweisen, daß grundsätzlich ein Rechtsgenosse nicht für verpflichtet zu halten ist, die Flucht zu ergreifen, wenn nicht ganz besondere Gründe vorliegen[32]). Schon allein aus ethischen Gründen würde es unzweckmäßig sein, wollte der Gesetzgeber den Rechtsgenossen anhalten, jedes Mal, wenn er sich in Gefahr befindet, die Flucht ergreifen zu müssen. Gerade heute, wo der Ehrbegriff sich wieder gefestigt hat, würde es unserer ganzen Auffassung Hohn sprechen, wenn der in der Gefahr Befindliche sich etwa wie jemand, der ein schlechtes Gewissen hat, aus der Zwangslage durch feige Flucht sollte retten müssen.

Wie Mezger[33]) mit Recht ausgeführt hat, stellen sich alle Rechtsgüter letzten Endes als „Interessen" dar. Es steht daher m. E. nichts im Wege, auch Pflichten zu diesen zu zählen. Der Staat und der Berechtigte haben z. B. ein Interesse daran, daß der Unterhaltspflichtige seiner Pflicht nachkommt. Der Gesetzgeber hat die Verletzung dieser Pflicht unter Strafe gestellt, § 361, Ziff. 10 StGB. Die Kehrseite dieser Pflicht ist ein Recht, das strafrechtlichen Schutz genießt. Es kann verglichen werden etwa mit den Rechten wie Freiheit, Eigentum. Oder: bei einem Brande verletzt ein Feuerwehrmann seine Pflicht, einen Menschen zu retten. Er hat damit andererseits das Interesse des Staates an der Erhaltung eines Menschenlebens verletzt, m. a. W. den Tod eines Menschen verursacht, obwohl das Leben als Rechtsgut von der Rechtsordnung besonders geschützt wird. Es liegt infolgedessen kein Anlaß vor, eine Pflicht unter besonderen Gesichtspunkten als die übrigen Rechtsgüter zu behandeln. Die vom Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung in Band 61, S. 254 gewählte Formulierung des Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung läßt sich daher durch Weglassen des „Pflichtennotstandes" noch vereinfachen[34]).

Nach alledem ist der Notstand im weiteren Sinne zu bestimmen als ein Zustand, der ein von der Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut erheblich gegenwärtig gefährdet und dessen Beseitigung nur dadurch möglich ist, daß ein gleichfalls rechtlich geschütztes Rechts-

---

32) vgl. die Ausführungen von Klee im Entwurf, S. 58/59.

33) Lehrbuch 200.

34) vgl. dazu Wachinger, Frankfestg. I, 511/12. — Die Notwendigkeit der späteren geringfügigen unterschiedlichen Behandlung des Pflichtennotstandes rechtfertigt noch nicht die Beibehaltung der Formulierung. Sie ergibt sich ohne weiteres daraus, daß der Täter im Falle einer Pflichtenkollision wenigstens eine erfüllen muß, während er beim gewöhnlichen Gutsnotstand zu handeln nicht verpflichtet ist.

gut eines anderen verletzt werden muß. Verwirklicht der Täter mit seiner Handlung den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung, so liegt Notstand im engeren Sinne vor. Der sogenannte „übergesetzliche" Notstand ist hinsichtlich der Voraussetzungen nichts anderes als ein gewöhnlicher Fall des Notstandes, nur mit dem Unterschied, daß die auf Grund des Notstandes vorgenommene Tat infolge Ausschlusses der Rechtswidrigkeit oder Schuld straflos ist, obwohl das Gesetz selbst infolge Fehlens positiver Bestimmungen keine Handhabe zu ihrer Rechtfertigung oder Entschuldigung bietet. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies trotzdem möglich ist, soll nunmehr näher untersucht werden.

Bei einer Betrachtung der Fälle, die der Gesetzgeber geregelt hat, finden sich in den §§ 228, 904 BGB. Bestimmungen über den Notstand, soweit er durch einen Eingriff in die Sachgüter eines anderen beseitigt werden kann[35]). Die §§ 228, 904 BGB. erklären die Handlungen, die vorgenommen werden, um den Notstand zu beseitigen, für rechtmäßig, stellen also Rechtfertigungsgründe dar[36]). Die Fälle des Leibesnotstandes zu regeln, hat der Gesetzgeber im § 54 StGB. unternommen. Über die Natur dieser Bestimmung herrscht indes Streit. Denn der Gesetzestext läßt keinen absolut sicheren Schluß auf sein Wesen zu. Bei dem hierüber entstandenen Streit haben sich folgende Ansichten gebildet:

Binding vertritt den Standpunkt, § 54 StGB. machte die Handlung zu einer „unverbotenen"[37]), weder eine rechtswidrige noch rechtmäßige Tat sei vorhanden. Binding versucht hier einen neuen Begriff

35) An anderen Notstandsbestimmungen kommen noch in Betracht: § 17 RPostges., §§ 124 I, 130 Mil.StGB., § 9 II Strandungsordnung, § 700 I HGB., § 67 II Personenstandsges., § 87 Seemannsordnung, § 12 in der Fassung des Gesetzes zur Aenderung des Luftverkehrsgesetzes vom 19. 12. 1935, RGBl. I, 1516, §§ 11, 23 Arbeitszeitordnung vom 26. 7. 1934 RGBl. I, 804, § 3 d. VO. über den Schutz der Feiertage vom 16. 3. 34. Als zu sehr abseitsliegend und für diese Sondergebiete eine ausreichende Regelung enthaltend erübrigt es sich, diese Bestimmungen besonders zu erörtern. — Von einer Betrachtung ausscheiden kann ebenfalls § 52 StGB., der sog. Nötigungsstand: soweit vis absoluta gegeben ist, liegt keine „Handlung" im Rechtssinne vor. Die vis compulsiva und die Drohung wiederum lassen sich als Sonderfälle mit dem eigentlichen Notstand des § 54 StGB. zusammenfassen, vgl. Frank 154, 156, Broglio 6.

36) So die gem. M.; a. A. nur M. E. Mayer, der gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, hier nur Entschuldigungsgründe angenommen wissen will, Lehrb. 305 ff.

37) Hdb. I, 765, Normen IV, 346/7. Ebenso Oetker, Frankfestg. I, 367, Hofacker Z. 43, 652, P. Merkel 68, Hammacher 73.

einzuführen, der jedoch m. E. abzulehnen ist. Entweder ist eine Handlung erlaubt oder verboten: eine Mitte zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit gibt es nicht[38]).

Einige sehen im § 54 StGB. einen persönlichen Strafausschließungsgrund[39]). Dem widerspricht aber der Wortlaut des Gesetzes. Das geht aus § 247 Abs. 3 StGB. hervor. Hier handelt es sich unzweifelhaft um einen persönlichen Strafausschließungsgrund. In ihm wird ausdrücklich bestimmt, daß auf Grund des persönlichen Verhältnisses der Täter straflos bleibt, im § 54 aber die Handlung als solche nicht strafbar ist, sodaß auch Teilnehmer straflos sind[40]). Daher ist die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht richtig[41]).

Aber auch die Ansicht derer, die § 54 StGB. für einen Rechtfertigungsgrund halten[42]), ist abzulehnen, und zwar aus folgendem Gesichtspunkt: auf Grund des § 54 gestattet der Gesetzgeber sogar Eingriffe in das Leben anderer, bei denen nicht einmal Verhältnismäßigkeit verlangt wird. Es ist darnach ohne weiteres möglich, daß der Täter zur Beseitigung einer für ihn bestehenden Leibes- oder Lebensgefahr einen viel größeren Schaden anrichtet als er selbst erleiden würde, wenn er sich passiv verhält. Z. B. kann er, um eine Beschädigung seiner Gesundheit zu verhüten, beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 54 StGB. unter Umständen sogar einen Menschen töten. Es wäre nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber in einem derartigen Fall eine Handlung eines Rechtsgenossen, die eventuell sogar der Volksgemeinschaft ein Menschenleben entreißt, während er selbst bei Unterlassung der Notstands-

38) Mezger 163, 206; von Hippel II 189/190; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Note 1275; Henkel 41; Sauer, Grdl. 236; von Weber 3; vgl. noch die Begründung für diesen Standpunkt S. 15 f.

39) Würzburger 58; Beling, Grdz. 32 behauptet, es liege ein „sachlicher", nicht persönlicher Strafausschließungsgrund vor.

40) vgl. JW. 55, 1989 (1990): hier betrachtet das Reichsgericht den Arzt als Gehilfen der Schwangeren, obwohl er auf Grund des § 218 II StGB. selbständiger Täter ist, um einen Ausweg zu finden, ihn nicht bestrafen zu müssen.

41) Frank 157; Oetker, Frankfestg. I, 368; E. 57, 268; 60, 89; dabei blieb dahingestellt, ob ein Rechtfertigungs- oder ein Schuldausschließungsgrund vorliegt, ebenso wieder in E. 63, 223. — Jedoch nicht nur für § 54 StGB., sondern für alle Notstandsfälle ist die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes abzulehnen, von Hippel II, 231; Goldschmidt, Notstand 74.

42) Gerland 151/2; von Hippel II 215 ff, 232/3, 235; von Ferneck, II, 144; Oetker VDA. II, 347; Allfeld 130; Wachenfeld 122; Liszt-Schmidt bis zur 24. Auflage §§ 32—34.

handlung nur eine Körperverletzung erleiden würde, für rechtmäßig hätte erklären wollen. Denn wenn das Gesetz beim zivilrechtlichen Notstand ausdrücklich Verhältnismäßigkeit fordert, um eine Handlung als rechtmäßig anzusehen, um wieviel mehr müßte dies dann bei einer Verletzung der höchstpersönlichen Rechtsgüter des § 54 der Fall sein. Es kann also der Wille des Gesetzgebers lediglich der gewesen sein, eine Handlung aus § 54 nur zu entschuldigen, ihr gegenüber Nachsicht zu üben (Beling[43]), da der Selbsterhaltungstrieb des Täters so stark ist, daß jeder andere Mensch ebenso gehandelt haben würde.

Zuzustimmen ist allerdings denjenigen, die behaupten, die Frage nach der Natur des § 54 StGB. könne nicht einheitlich beantwortet werden[44]), sondern müsse von Fall zu Fall entschieden werden. Aber hieraus kann man nicht folgern: da der Gesetzgeber sich nicht genügend erklärt hat, liege stets ein Rechtfertigungsgrund vor, wenngleich Fälle denkbar sind, in denen dies zutrifft. Eine Verallgemeinerung ist jedoch deshalb noch nicht angebracht, vielmehr kann man nur unter Einbeziehung eines Falles, wie des gewählten Beispiels § 54 StGB. nur als Schuldausschließungsgrund anerkennen[45]). Dann versteht man auch die Beschränkung der Nothilfe lediglich auf Angehörige des Täters: diese fühlen mit dem Täter mit, sie versetzen sich in die Zwangslage hinein und ihre Handlungen sind so zu beurteilen, als ob ihnen persönlich die Gefahr gedroht hat. Wäre dagegen § 54 als Rechtfertigungsgrund anzusprechen, so würde diese Beschränkung unverständlich sein[46]).

Bereits die vom Gesetzgeber getroffene Regelung läßt mit aller Klarheit erkennen, daß bei der Beurteilung der Notstandshandlungen ein Unterschied zu machen ist, ein Ergebnis, dem sich Schrift-

---

43) Z. 44, 237.

44) von Weber 89; Henkel, Rechtsnatur des Notstands 75 ff.; Köhler 49.

45) Kohlrausch, Schweiz. Z. f. Str.R. 34, 172; Goldschmidt, JW. 51, 276, Notstand 9, 49; Finger, GS. 88, 284 f., Lehrbuch 524; Dohna JW. 50, 369; Frank 157, der auch auf die Motive verweist; Mezger 367; M. E. Mayer 304; Hegler Z. 36, 214/5; R. Merkel. Kollision 29; A. Merkel, Lehre von Verbrechen und Strafe, 178; Wegner HdR. V, 367; E. 61, 242 (249). Als unlogisch abzulehnen ist die Ansicht von Olshausen (§ 54, 3), der § 54 enthalte einen Rechtfertigungsgrund und einen Schuldausschließungsgrund, je nach dem Fall. Er will damit in Einklang bringen die Bestimmung des § 54 mit den §§ 228, 904 BGB.: dies ist aber unmöglich, da man, wenn diese eingreifen, die Handlung nicht mehr auf Grund des § 54 StGB. zu rechtfertigen braucht, vgl. Liszt-Schmidt 205, Anmerkung 5.

46) Lobe JR. 1928, 229, 4; E. 61, 250.

tum und Rechtsprechung überwiegend[47]) angeschlossen haben: es gibt einmal solche Notstandshandlungen, — in den Fällen der §§ 228, 904 BGB. — die nach einhelliger Ansicht rechtmäßig sind, und andererseits solche, — im Fall des § 54 des StGB. — die, wie festgestellt, nur vom Gesetzgeber entschuldigt werden (Differenzierungstheorie oder Unterscheidungslehre). Diese Feststellung ist daher auch für die noch einer gesetzlichen Regelung entbehrenden Fälle zu verwerten: die Unterscheidungslehre hat als Grundlage für die Lückenausfüllung zu dienen.

Aus der Begriffbestimmung des Notstandes ergibt sich nicht, daß die Notstandshandlungen als etwas Einheitliches aufzufassen sind, die nach Ansicht der Vertreter der Einheitlichkeitslehre[48]) sich nicht differenzieren lassen. Es wird dabei übersehen, daß die Begriffsbestimmung des Notstandes den Zustand, in dem sich der Täter befindet, betrachtet, während die herrschende Lehre und auch der Gesetzgeber eine Unterscheidung einführen nur für die auf Grund des Notstandes vorgenommenen Handlungen. Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß bei einem Austausch des Begriffes „Sachen" in den §§ 228, 904 BGB. und „Leib oder Leben" im § 54 StGB. durch den weiteren Begriff „Rechtsgüter" gegen die einheitliche Definition des Notstandes nichts einzuwenden ist; ja, die Einheitlichkeitslehre hat mit ihrer Behauptung vollkommen Recht, es liege jedes Mal eine Interessenspannung vor[49]). Aber daran muß m. E. unbedingt festgehalten werden: es ist ein Unterschied zu machen zwischen den einzelnen auf Grund des Notstandes vorgenommenen Handlungen. Es widerspricht dem Gerechtigkeitsempfinden, eine Handlung, die der Täter im Augenblick instinktiv aus dem Selbsterhaltungstrieb heraus vorgenommen hat, rechtlich gleichzustellen einer solchen Handlung, bei der sich der Täter gar nicht im Zweifel befand, das Rechtsgut eines anderen verletzen zu dürfen, um größeren Schaden abzuwenden[50]). Zwischen diesen beiden Extremen kann und muß ein Unterschied dahin gemacht werden, daß die auf

47) So vor allem E. 61, 242 ff.; 62, 137 f.; 63, 225; 64, 101 ff.; Dohna, Rechtswidrigkeit 125, 127, Recht u. Irrtum 12, 13, Z. 51, 615/6; Frank 152; Goldschmidt, Notstand 6, 61; Grünhut Z. 51, 455; Henkel 16, 25; Hegler Z. 36, 214; Kitzinger, Aphorismen 40; Liszt-Schmidt 200 f.; Lobe 36; R. Merkel, Kollision 23 ff.; Mezger 369/70; Reichel DJT. 34 I 174/5; Traeger GS. 92, 311; Wachinger, Frankfestg. I, 483 u. a.

48) von Hippel II, 231 ff.; Gerland 116; M. E. Mayer 305, Note 10.

49) vgl. Siegert Z. 52, 49, der insoweit der Einheitlichkeitslehre folgt, im übrigen sie aber ablehnt.

50) vgl. die Notstandshandlung des um sein Leben ringenden Schiffbrüchigen (Brett des Karneades) mit der desjenigen, der die Leiter eines

Grund des Notstandes vorgenommenen Handlungen einzuteilen sind in solche, bei denen die Rechtswidrigkeit der Tat entfällt, und solche, bei denen nur die Schuld des Täters auszuschließen ist.

Ein Teil der Literatur[51]) vertritt den Standpunkt, daß in einzelnen Fällen die Notstandshandlungen nicht als rechtmäßig oder entschuldigt anzusehen sind, sondern als „unverboten" oder „erlaubt"[52]). Den Ausdruck „unverboten" hat das Reichsgericht bei der Formulierung des Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung ebenfalls angewandt. Jedoch im weiteren Verlauf wird mit keinem Wort davon gesprochen, daß nach der Auffassung des Reichsgerichts außer rechtmäßigen und rechtswidrigen Handlungen noch eine dritte Art angenommen werden muß. In seiner Entscheidung in Bd. 62 S. 137 spricht es dann auch nur davon, daß die Tat bei Vorliegen des Notstandes nicht rechtswidrig ist. Damit hat es m. E. den Ausdruck „unverboten" fallengelassen.

Der Begriff wird zum Teil damit begründet, daß das Gesetz in seinem Abschnitt „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern" sich im Anfang des § 54 StGB. dahin ausdrückt: eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden.... Jedoch läßt sich hieraus kein Argument für die Aufstellung einer neuen Kategorie von Handlungen herleiten. Denn dem Gesetzgeber waren bei Schaffung des Gesetzes die heute im Laufe der Jahrzehnte durch Schrifttum und Rechtsprechung bis in alle Einzelheiten erst entwickelten[53]), z. T. sogar neugeschaffenen[54]) Begriffe noch nicht bekannt. Weiter ergibt sich aber die Schwierigkeit, wie die Handlungen zu beurteilen sind für den Fall, wenn der Verletzte sich wehren will. Wenn sich die Handlung auf neutralem Rechtsgebiet bewegen würde, so würde die Entscheidung stets dem blinden Zufall anheimgestellt sein. Es würde ferner in dem Fall, daß ein Dritter helfen will, in dessen Belieben gestellt sein, welcher Seite er seine Hilfe zukommen lassen will. In all solchen Fällen ginge dann Macht vor Recht[55]). Würde

---

Dritten bei einem Brande zur Rettung eines Menschenlebens wegnimmt.

51) Siegert 33; Binding HdB. I, 158, 765; Oetker VDA. II, 334; Hold v. Ferneck I, 303, II, 71, 74; Frankfestg. I, 367; nicht ablehnend dazu von Weber 35 a. E.; Broglio 3/4.

52) Beling bezeichnet sie als „rechtlich irrevelant" (Grdz. 14, 15), Zimmerl als „rechtlich indifferent" (71).

53) Erinnert sei daran, daß die wichtigsten Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" im Gesetz überhaupt nicht definiert sind.

54) z. B. die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit.

55) Oetker läßt dann auch den Kampf entscheiden (Frankfestg. I, 370), ebenso v. Weber 34.

der Gesetzgeber sich auf den Standpunkt stellen wollen, daß es Handlungen geben soll, denen er neutral gegenübersteht, bei denen er darauf verzichtet, sie zu beurteilen, so würde er damit vor sich selbst kapitulieren. Infolgedessen ist eine Scheidung der Notstandshandlungen in rechtmäßige, unverbotene und rechtswidrige abzulehnen[56]). Entweder ist die Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig, ein Drittes aber ist ausgeschlossen. Wenn diejenigen, die glauben, noch den Begriff der unverbotenen Handlung einführen zu müssen, nicht den Mut haben, eine Handlung für rechtmäßig zu erklären, so sollen sie sie für rechtswidrig erklären und den Täter mit Hilfe von Schuldausschließungsgründen entschuldigen.

Die Erkenntnis, daß bei den Notstandshandlungen entweder die Rechtswidrigkeit oder die Schuld auszuschließen ist, bringt uns bei unserer Betrachtung darüber, auf welche Weise die Lücken zu ergänzen sind, zu folgender Ordnung: zuerst sind die Möglichkeiten zu erörtern, auf Grund deren sich die einzelnen Notstandshandlungen rechtfertigen lassen. Für den Fall, daß dies nicht möglich ist, wird eine Entschuldigung zu prüfen sein. Es handelt sich also beim Notstand um Fragen der Rechtswidrigkeit und der Schuld[57]).

Nach dieser Feststellung gelangt man aber bei der Betrachtung von einzelnen Fällen ferner zu dem Ergebnis: wenn noch andere Rechtfertigungsgründe auf dem Gebiet des Notstandes vorhanden sind, ist es überflüssig, noch zu untersuchen, ob die Tat entschuldigt werden kann, sei es mit Hilfe eines im Gesetz vorhandenen (z. B. § 54 StGB.) oder ungesetzten Schuldausschließungsgrundes. Denn bei einer Rechtmäßigkeit der Tat entfällt jegliche Strafbarkeit.

Vor Beginn der Gliederung nach den angegebenen Gesichtspunkten ist darauf einzugehen, was Rechtswidrigkeit bedeutet und vor allem wann sie vorliegt. Denn „Verbrechen" ist die tatbestandsmäßige r e c h t s w i d r i g e schuldhafte Handlung.

Das Wesen der Rechtswidrigkeit kann im objektiven oder subjektiven Sinne aufgefaßt werden. Nach der Ansicht der Vertreter der objektiven Rechtswidrigkeit[58]) ist eine Handlung rechtswidrig,

---

56) v. Hippel II, 189, 190; Liszt-Schmidt 186; Mezger 163; Sauer 236; Henkel 36/37; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage Note 1275; Westerkamp 92; Janka 90.

57) Siegert 2.

58) v. Hippel 84; Mezger 163; Heinitz 15; M. E. Mayer 11; — Finger definiert rechtswidrig als „ein vom Recht nicht sein-sollend mißbilligtes Wollen" (S. 464), um zugleich zum Ausdruck zu bringen, daß nur eine m e n s c h l i c h e H a n d l u n g unter diesen Begriff fällt, nicht dagegen z. B. ein durch Naturkräfte verursachtes Geschehen.

wenn sie sich als ein den objektiven Normen des Rechts widersprechendes Verhalten darstellt[59]).

Dieses Unwerturteil über die Tat ist streng zu scheiden von dem, welches Verhalten vom Täter generell und im konkreten Fall vom Recht auf Grund der objektiven Normen gefordert wird: der Schuld[60]).

Um feststellen zu können, ob und wann eine Handlung rechtswidrig ist, muß von den vom Gesetzgeber aufgestellten Tatbeständen ausgegangen werden.

Mit der Schaffung des Tatbestandes hat der Gesetzgeber erklärt, daß er ein Verhalten der darin beschriebenen Art mißbilligt. Da jedoch der Gesetzgeber unmöglich alle Einzelfälle übersehen konnte, muß behauptet werden, daß er die einen Tatbestand erfüllende Handlung nur in der Regel für strafbar, nicht aber bereits auch jede Erfüllung des Tatbestandes als gegen die Gesamtheit der Rechtsordnung verstoßend hat erklären wollen. Der Richter hat infolgedessen zu untersuchen, ob die Tat unter Berücksichtigung der näheren Umstände im einzelnen Fall „rechtswidrig" ist. Die Tatbestandsmäßigkeit verhält sich zur Rechtswidrigkeit wie abstrakt zu konkret, generell zu speziell[61]). Daß die Tat bei Erfüllung eines Tatbestandes unbedingt rechtswidrig sein muß, ist schon deshalb zu verneinen, weil der Gesetzgeber z. T. auch besondere Bestimmungen geschaffen hat — vgl. die §§ 53, 193 StGB. —, die die

---

59) Demgegenüber behaupten die Anhänger der subjektiven Rechtswidrigkeit — vgl. vor allem A. Merkel, Krim. Abh. I, 42 (s. aber Lehrbuch S. 163); Hold v. Ferneck 8, 277/8, 361; Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe S. 56; ferner Elster HdR. IV, 746 — eine Handlung sei nur dann in dem angegebenen Sinne rechtswidrig, wenn bei dem Täter die Schuldfähigkeit zu bejahen sei. Es wird von ihnen darauf hingewiesen, daß z. B. bei einem Geisteskranken oder einem Kinde infolge Fehlens der Zurechnungsfähigkeit schwerlich von einem „rechtswidrigen" Angriff die Rede sein könne (Hold v. Ferneck II, 16 ff.). — Während bis vor einigen Jahren die objektive Auffassung herrschend war (vgl. Eb. Schmidt Z. 49, 353/4; Hegler, Frankfestg. I, 252, 270), ist in letzter Zeit — insbesondere unter dem Einfluß des zukünftigen Willensstrafrechts — in der Wissenschaft von neuem der Streit darum entbrannt, — auf den nicht näher eingegangen werden soll, da der Gesetzgeber de lege lata die objektive Auffassung vertritt (vgl. Nagler, Dtsch. Recht 1934, 54) — ob nicht dem Standpunkt der Vertreter der subjektiven Rechtswidrigkeit der Vorzug zu geben ist.

60) v. Hippel 84; Mezger 165; Siegert 12.

61) Arndt 13.

Rechtswidrigkeit aufheben. Jedoch nicht nur die für das Gebiet des Strafrechts bestehenden, sondern auch auf anderen Rechtsgebieten vorhandenen „Rechtfertigungsgründe"[62]) sind mangels ausdrücklicher Beschränkung auf diese Gebiete stillschweigend im Strafrecht anwendbar, z. B. die §§ 228, 904 BGB. Nach alledem ist deshalb zu folgern: wenn ein Tatbestand verwirklicht ist, so ist dies ein Indiz für die Rechtswidrigkeit[63]) und zu vermuten, daß dies auch rechtswidrig geschehen ist; diese präsumtive Annahme der Rechtswidrigkeit kann jedoch bisweilen von vornherein durch besondere Umstände ausgeschlossen sein[64]).

Diese Umstände werden als Unrechtsausschließungsgründe, objektive Strafausschließungsgründe, negative Tatumstände, negative Tatbestandsmerkmale, Rechtfertigungsgründe bezeichnet.

Es ist klar, daß infolge der untrennbaren Einheit unserer gesamten Rechtsordnung auch das Strafrecht, wenn es im Einklang stehen soll mit anderen Rechtsgebieten, die Handlungen gestatten, Gründe enthalten muß, die eine tatbestandsmäßige Handlung für nicht rechtswidrig erklären. Darüber, daß es derartige Rechtfertigungsgründe geben muß, besteht Einigkeit, dagegen ist strittig, als was sie ihrem Wesen nach im einzelnen aufzufassen sind.

Liszt-Schmidt u. a.[65]) vertreten die Ansicht, die Rechtfertigungsgründe seien keine Ausnahmen von der Rechtswidrigkeit. Er unterscheidet bei der Rechtswidrigkeit noch weiter zwischen „formeller" und „materieller" Rechtswidrigkeit[66]). Nach ihm ist eine Handlung zwar „formell rechtswidrig", wenn sie gegen eine staatliche Norm, eine Bestimmung des gesetzten Rechts verstößt, „materiell rechtswidrig" aber nur, wenn sie gegen die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit verstößt, „gesellschaftsschädlich" ist. Bei der uneingeschränkten Durchführung dieses Standpunktes besteht die Gefahr, einer Handlung, die letzten Endes der Idee des Rechts entspricht, praeter, wenn nicht contra legem zu rechtfertigen, obwohl dies nach den vorhandenen positiven Bestimmungen nicht möglich ist. Deshalb ist diese Ansicht als zu weitgehend abzulehnen. Denn trotz des Zieles, sich der Idee des Rechts zu nähern, darf man

---

62) Der Ausdruck findet sich zuerst bei Berner, 94.

63) M. E. Mayer 52, Liszt-Schmidt 185, Wegner HdR. V, 368, Siegert 14.

64) Kohlrausch 12, Nathan 2/3, Liszt-Schmidt a. a. O., M. E. Mayer a. a. O., Dohna, Recht u. Irrtum 4, E. 63, 218.

65) 176/77; Sauer Z. 33, 801; Dohna, Recht u. Irrtum 2; v. Ferneck I, 291—294.

66) 176; ebenso Hegler, Frankfestg. I 270, 302; Siegert 14; Sauer 286; vgl. auch Olsh. § 300 Erl. 9.

sich über das positive Recht nicht hinwegsetzen[67]). Im übrigen sind auch m. E. die Auffassungen der Menschen über die Idee des Rechts nicht alle gleich.

Demgegenüber vertreten Frank[68]), A. Merkel[69]), Nagler[70]), Weber[71]), Wolter[72]) — früher auch Klee[73]) — im allgemeinen den Standpunkt, daß die Rechtfertigungsgründe Ausnahmen von der Rechtswidrigkeit sind. Sie lehnen infolgedessen auch den Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit ab. Die Anhänger dieser Ansicht sind jedoch kaum noch zu denjenigen zu zählen, die eine tatbestandsmäßige Handlung mangels Vorliegens eines im Gesetz enthaltenen Rechtfertigungsgrundes als rechtswidrig beurteilen. Da sie die Gesetzeslücken auch mit Hilfe eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes auszufüllen versuchen und einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit annehmen, sind sie bereits zu den „Objektivisten"[74]) zu rechnen. Daß heute noch jemand tatsächlich eine Handlung allein deswegen für rechtswidrig hält, weil sie sich nicht auf Grund eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes rechtfertigen läßt, ist m. E. ausgeschlossen.

Eine vermittelnde und als richtig zu bezeichnende Ansicht nehmen Finger[75]), Kohlrausch[76]), Lobe[77]) und Mezger[78]) ein, die die Regel-Ausnahme-Teilung als Gesetzestechnik, als „ordnendes" Prinzip, beibehalten wollen. Diese vertreten eine positivistisch orientierte (materielle) Rechtswidrigkeit[79]), die nicht nach der Idee des Rechts schlechthin, sondern nur vom Standpunkt des positiven Rechts aus zu beurteilen ist. Diesen Standpunkt teilt auch das Reichsgericht. Es führt aus, die Tatbestandsverwirklichung sei

---

67) Finger 465 — Liszt-Schmidt gesteht zwar ein, bei Auseinanderfallen des materiellen Gehalts einer Handlung und ihrer positiv-rechtlichen Würdigung sei der Richter an das Gesetz gebunden, trotzdem aber verwertet er diesen Gedanken der materiellen Rechtswidrigkeit in der Lehre von den Rechtfertigungsgründen, S. 187, 206.

68) 2, 139, 140.

69) Lehre von Verbrechen und Strafe, S. 177.

70) Festschr. f. Binding II, 385.

71) 131/32.

72) Arch. f. Wirtschafts- u. Rechtsphil. 66, 67.

73) G. A. 69, 164, der jetzt aber seine Meinung geändert hat, vgl. den Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission, 56.

74) vgl. Dörr 9 ff.

75) 465/66.

76) 12.

77) 27/28.

78) 205/206.

79) Diese Ansicht vertritt neuerdings auch Klee a. a. O. 56.

regelmäßig rechtswidrig, wenn sich nicht im Einzelfall Umstände ergeben, welche die Tat als nicht rechtswidrig erscheinen lassen[80]) — und diese Umstände seien dem Zusammenhang der Rechtssätze auf Grund der allgemeinen Rechtsanschauung, der heute dem Recht als Grundlage dienenden nationalsozialistischen Weltanschauung, der „völkischen Rechts- und Friedensordnung"[81]) zu entnehmen. Damit aber, daß das Reichsgericht die Rechtfertigungsgründe aus der Gesamtheit der — sc. geltenden — Rechtsordnung[82]) angewandt wissen will, stellt es sich auf den Boden der im angegebenen Sinne lediglich anhand des positiven Rechts zu beurteilenden (materiellen) Rechtswidrigkeit.

Vom Standpunkt der nationalsozialistischen Weltanschauung aus gesehen bedeutet dies: jede Handlung ist bei der Prüfung ihrer Rechtswidrigkeit daraufhin zu untersuchen, ob sie mit den Zwekken der Volksgemeinschaft im Einklang steht, dem Gemeinwohl dient. Tut sie es, hat der Täter die Tat in „Erfüllung der Gliedschaftsausübung von Lebensfunktionen der Katholizität des Totalen Staates"[83]) ausgeführt, so ist seine Handlung dem Rechte gemäß. Die Tatbestandsmäßigkeit, die lediglich ein Indiz für die Rechtswidrigkeit ist, macht damit andererseits die Handlung noch nicht zu einer rechtswidrigen, sodaß sie durch eine Ausnahme erst gerechtfertigt werden müßte, sondern diese ist, da sie mit den Interessen des Gemeinwohls übereinstimmt, von Anfang an stets rechtmäßig gewesen.

Diese Auffassung liegt auch den „Nationalsozialistischen Leitsätzen für ein neues deutsches Strafrecht" zugrunde, wenn es im Satz 9 heißt[84]), „im nationalsozialistischen Strafrecht kann es kein formelles Recht oder Unrecht, sondern nur den Gedanken der materiellen Gerechtigkeit" geben, und für das Verbrechen die Folgerung aufgestellt wird: „der Verstoß gegen eine Pflicht der im Regelfall als Verbrechen betrachtet werden müßte, ist im Einzelfall kein Verbrechen, wenn dieser Verstoß als notwendig erachtet werden konnte oder durch eine höherwertige Treupflicht sogar geboten erscheint"[85]).

---

80) E. 63, 218; 61, 247.

81) vgl. die Strafrechtsnovellen v. 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen, 28.

82) Sowohl aus dem geschriebenen wie ungeschriebenen Recht auch insoweit, als die rechtlichen und sittlichen Gebote und Verbote nicht ausdrücklich kodifiziert sind.

83) Gelbert, Dtsch. Justiz, 1934, 278.

84) S. 13.

85) S. 15.

Ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer im Notstand begangenen Handlung im einzelnen ihre Rechtmäßigkeit zu bejahen ist, wird nunmehr zu prüfen sein.

Schrifttum und Rechtsprechung haben versucht, den engen Rahmen, innerhalb dessen bei Notstandshandlungen Straflosigkeit eintritt, zu sprengen. Man hat neben den im Gesetz vorhandenen neue Rechtfertigungsgründe aufgestellt. Dies wäre jedoch dann nicht möglich gewesen, wenn der Gesetzgeber die in Betracht kommende Materie abschließend geregelt hätte, zum mindesten hätte abschließend regeln wollen. Für das Gebiet des Notstandes sind die Bestimmungen der §§ 228, 904 BGB., 54 StGB. als keine erschöpfende Aufzählung im Sinne einer „Materie" empfunden worden. Hinzu kommt weiter, daß der Gesetzgeber in Sondergesetzen stets neue Normen für Notstandsfälle aufgestellt hat und dadurch gewissermaßen eingestehen mußte, daß er selbst nicht an eine erschöpfende Regelung der Notstandsmaterie glaubte; sonst wäre die Schaffung neuer Bestimmungen nicht verständlich: mit Hilfe der bereits vorhandenen hätte die Beurteilung aller Notstandshandlungen möglich sein müssen.

Mit dem Eindringen der Erkenntnis, daß der Gesetzgeber keine abschließende Regelung für das Gebiet der Notstandshandlungen vorgenommen habe, war es möglich, neue Unrechtsausschließungsgründe im Wege der Analogie aufzustellen. Denn (wie bereits unten ausgeführt[86]) hindert auch die Neufassung des § 2 StGB. nicht die Zulässigkeit einer Analogie. Somit steht einer Lückenergänzung auch nach dieser Richtung hin kein Hindernis entgegen.

Bei den Lösungsversuchen, eine Notstandshandlung außerhalb des Rahmens der positiven Bestimmungen — „übergesetzlich" — zu rechtfertigen, kann man mit kleinen Abwandlungen zwei Theorien unterscheiden, die sich den Vorrang streitig machen: die sogenannte Zwecktheorie und die Güterabwägungstheorie (Prinzip des überwiegenden Interesses oder Wahl des kleineren Übels, Prinzip des wahren Wohls[87]).

---

86) S. 4.

87) Für bestimmte Sondergebiete sind noch weitere Theorien aufgestellt worden, z. B. versucht man die Heilbehandlung durch die Annahme einer „mutmaßlichen Einwilligung" (Mezger 218—225, GS. 89, 287—292, v. Weber 48), „Geschäftsführung ohne Auftrag" (Rosenberg GS. 62, 82, Zitelmann, Arch. f. ziv. Prax. 99, 111, Ahrens 22, v. Hippel II 249—257, Honig 165/6), eines „Handeln im Interesse des Verletzten" (Frank 144), „Nächstenhilfe" (Traeger GS. 94, 154—167) oder „Berufsrecht" (Finger I, 410, Wachenfeld 129, Geyer I 79, Kahl 370/1, Behr GS. 62, 416; Olsh. § 223, 9 b spricht zwar von einem Strafausschließungsgrund, meint aber einen Ausschluß der

Nach der Zwecktheorie[88]) ist eine Handlung rechtmäßig, wenn sie das angemessene Mittel zum staatlich anerkannten Zweck ist. Bei einer Anwendung dieser Lehre auf den einzelnen Fall dürfte es nicht allzu schwer fallen festzustellen, ob die Handlung einem staatlich anerkannten Zweck entspricht. Schwierigkeiten, die selbst von ihren Vertretern zugegeben werden, stellen sich erst ein bei dem Versuch, die Frage zu beantworten, ob die Handlung des Täters als das angemessene Mittel zur Erreichung dieses staatlich anerkannten Zweckes anzusehen ist. Nach Liszt-Schmidt[89]) stellt die Beantwortung der diesbezüglichen Frage an „Weisheit und Können des Richters die höchsten Anforderungen". „Unter genauester Berücksichtigung aller Einzelheiten des zu wertenden Verhaltens" ist die Angemessenheit des Mittels zu prüfen[90]): damit wird aber bereits zugegeben, daß andere Umstände herangezogen werden müssen, um zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen. So wurde für den Fall der Unterbrechung der Schwangerschaft die Ausführung derselben lege artis und die Einwilligung der Mutter gefordert. Das bedeutet aber, daß der Satz, der an das Wort „der Zweck heiligt die Mittel" anklingt[91]), nicht ohne Einschränkung anwendbar ist. Damit jedoch ist man bei keinem Rechtfertigungsgrund angelangt; denn dieser muß allgemeine Geltung haben. Nicht muß er erst von Fall zu Fall vom Richter entschieden werden. Gerade das letztere Moment ist es vor allen Dingen, das unbedingt zu einer Ablehnung des Satzes vom angemessenen Mittel zum staatlich anerkannten Zweck führen muß.

Man müßte m. E. dann ungewollt zu einer Rechtsunsicherheit gelangen: denn beim Vorliegen einer Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, werden die Strafnormen ohne weiteres ihrer Bedeutung und ihres Zweckes beraubt, wenn der Täter sich jedes Mal darauf berufen kann, er habe mit der Handlung einen ethisch hochstehenden, staatlich anerkannten Zweck verfolgt. Es tauchen sodann Fragen über Fragen auf[92]): War der Zweck an-

---

Rechtswidrigkeit — s. T. I, Abschn. 4 N 9 d —, Oetker GS. 84, 3, der dieses Berufsrecht wiederum auf Gewohnheitsrecht zurückführt, ebenso Oppenheim 13, 17) zu rechtfertigen.

88) Liszt-Schmidt 187/8, 206—208, 213/4; Dohna, Rechtswidrigkeit 48, Schuld und Irrtum 14, Radbruch 12, M. E. Mayer 295, Meyer-Allfeld 201, v. Lilienthal Z. 20, 442, Festg. für Bekker 39, 40, Finger 474 hinsichtlich der in Ausübung des ärztlichen Berufes vorgenommenen Handlungen.

89) 207.

90) Liszt-Schmidt 206.

91) Heimberger VDA. IV, 4.

92) Dörr 32/33; selbst Eb. Schmidt (Z. 49, 394/5) kann nicht um-

erkannt? Hat die Handlung sich im Rahmen des Zweckes gehalten? Wonach ist dieser Rahmen zu beurteilen? War die Handlung das angemessene Mittel? Was hat man darunter zu verstehen? Wer beurteilt die Angemessenheit? Ist diese vom Standpunkt des Täters oder vom Standpunkt eines objektiven Betrachters zu beurteilen? Soll man zur Beurteilung der Tat den Augenblick ihrer Begehung, ex post oder ex ante wählen? Auf jede dieser Fragen ergeben sich mindestens zwei verschiedene Antworten[93]): Wenn man dem Richter die diesbezügliche Entscheidung überläßt, wie es Liszt-Schmidt vorschlägt[94]), so wird er über das Gesetz gestellt, während er doch dem Gesetz unterworfen sein soll[95]). Der Richter würde dann nicht mehr an die Gesetzesnorm gebunden sein, sondern der Freispruch oder die Verurteilung wird von seiner „selbständigen richterlichen Beurteilung"[96]) abhängen und von ihm nach seinem eigenen Ermessen diktiert. Denn bei diesem Generalsatz: „eine rechtswidrige Handlung ist nicht vorhanden, wenn sie das angemessene Mittel zum staatlich anerkannten Zweck ist" kann von einer Rechtsnorm keine Rede mehr sein. An ihre Stelle ist eine Kautschukbestimmung getreten, mit deren Hilfe jede Handlung für rechtmäßig oder rechtswidrig erklärt werden kann. Der Rechtsgenosse läuft dann Gefahr, daß die Angriffshandlung, gegen die er sich schützen wollte, hernach vom Richter als rechtmäßig beurteilt wird und dementsprechend seine Verteidigungshandlung bestraft wird[97]). Es bedeutet für ihn ein Vabanquespiel, wenn er sich bei einem Eingriff in seine Rechtsgüter wehren will. Aus all diesen Gründen muß die Zwecktheorie als selbständiger Rechtfertigungsgrund als zu weitführend abgelehnt werden[97]) [98]).

Graf zu Dohna, einer der ersten Vertreter der Zwecktheorie, hatte bereits selbst erkannt, daß ein derartig weitgefaßter Generalsatz nicht brauchbar war. Er versuchte deshalb weiter unterzuteilen[99]). Er kam dabei zur Aufstellung von sechs Grundsätzen, von denen der dritte forderte:

---

hin, vier Hauptfragen aufzuwerfen, die aber, wie er weiter zugibt, unter Umständen noch zu vermehren sind.

93) Grünhut Z. 51, 463: „Mittel u. Zweck gewiß relative Begriffe".

94) 207.

95) § 1 GVG., Kohlrausch Z. 25, 661, Kitzinger JW. 62, 408.

96) Grünhut a. a. O.

97) Kitzinger JW. 62, 407.

98) Frank 140, Mezger 242/3, v. Hippel II 191/2, Kohlrausch Z. 25, 661/2, Beling L. v. V. 141, Klee G. A. 69, 164, Köhler 401, 402, Lobe 1933, 32, Jansen 47/8, Gerland 154/5, Hegler Z. 36, 38 Anm. 47, Löffler 246, Heimberger VDA. IV 4, 12, Goldschmidt JW. 56, 2024 Anm., Heinitz 51, E. 61, 253; vgl. auch Hold v. Ferneck II, 9 f.

--Von zwei kollidierenden Interessen darf das höherwertige auf Kosten des minderwertigen behauptet werden."

Dieser Satz, der gegenüber der Zwecktheorie bereits eine Spezialisierung darstellt, findet sich schon im BGB. in den §§ 228 und 904, wenn diese eine Einwirkung auf Sachen für rechtmäßig erklären, falls ohne sie ein unverhältnismäßig hoher Schaden entstehen würde.

Der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, von dem die Mehrzahl der Schriftsteller und auch das Reichsgericht behaupten, daß er zum Ziele führe, wird jetzt in folgender Formulierung vertreten:

„In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden"[100]).

Frank will folgende Formulierung angewandt wissen: „Kann das Verbot einer Rechtsgutsverletzung auch dann Gültigkeit haben, wenn bei seiner Befolgung der Verlust eines wertvolleren (ebenfalls rechtlich geschützten) Rechtsguts eintreten würde?"[101]). Er bestreitet, daß man vom Notstandsbegriff ausgehen müsse. Dies mag richtig sein, aber diese Situation, ein von der Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut verletzen zu müssen, um einen drohenden Schaden abzuwenden, ist gerade das dem Notstand Eigentümliche. Daher muß man, wenn man nicht vom Notstand aus zu diesem Satz gekommen ist, bei näherer Betrachtung m. E. zugeben, daß eben nur beim Vorliegen eines Notstandes die von Frank aufgeworfene Frage sich einstellen wird.

---

99) Recht und Irrtum 11.

100) Mezger 259, Frank 153, Lobe 30 f., E. 61, 254; 62, 137; 63, 215; 64, 104; 69, 308; v. Calker 14, 19, 28 ff., Henkel 26, Stammler 74 f., Westerkamp 58, 62, 101, Heimberger VDA. IV, 3, Beling Grdz. 15, Z. 18, 276, Z. 44, 236, Binding Hdb. I 760/62, Lehrb. I, 38, Köhler 371, Notstand 27, Merkel 42, Jabinski 17/18, Oetker, Frank-Festg. I 3, 59 ff., 373, VDA. II, 330/1, Radbruch VDB. 3 V, 169/70 verneint die Rechtswidrigkeit einer Abtreibung zur Rettung der Schwangeren, da diese sozial höherwertig sei; ähnlich v. Bar GS. 60, 112, der eine derartige Handlung für „erlaubt" hält. A. M. Liszt-Schmidt 207, Finger 481 ff., v. Ferneck II, 66, Fischer 227, Gerland 454/5, Kitzinger JW. 62, 407/8.

101) a. a. O.

Von Hippel[102]) vertritt als allgemeines Notstandsprinzip für die Fälle, in denen eine gesetzliche Regelung fehlt, eine analoge Anwendung des § 228 BGB. Er behauptet: „wer im Notstand in fremde Interessen eingreift, ist straffrei, wenn er keinen (im Verhältnis zu dem ihm drohenden) unverhältnismäßig großen Schaden anrichtete." Diese Formulierung seines Notstandsprinzips ist jedoch abzulehnen. Abgesehen davon, daß, wenn diese Bestimmung des BGB. einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten würde, der Gesetzgeber sich ohne weiteres mit der Schaffung einer dem Vorschlage von Hippels entsprechenden allgemein gefaßten Bestimmung, wie z. B. bei der Notwehr, begnügt hätte, spricht gegen die vorgeschlagene Lösung bereits schon die Tatsache, daß der Gesetzgeber es für nötig befunden hat, noch andere Einzelbestimmungen zu schaffen. Dies ist m. E. ein Indiz dafür, daß er eine Analogie zu § 228 BGB. in der gewählten Formulierung nicht billigt.

Sauer hat als Rechtfertigungsgrund den Satz aufgestellt — er drückt sich hierbei negativ aus —, daß als rechtswidrig ein Verhalten anzusehen ist, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt[103]). Im Falle eines Notstandes nimmt er bei dieser Ausdrucksweise zu dem Verhalten des Einzelnen wertend Stellung. Deshalb ist er m. E. insoweit als Anhänger der Güterabwägungstheorie zu betrachten. Als besonderes Merkmal bringt er jedoch außerdem die „allgemeine Tendenz" hinein. Dieser Ausdruck ist indes zu unbestimmt, als daß dadurch die zuweilen bei der Güterabwägungstheorie nicht berücksichtigten Momente genügend beachtet werden könnten. Infolgedessen ist der Rechtfertigungsgrund in dieser von Sauer gewählten Fassung abzulehnen, wenn er auch bereits einer befriedigenden Lösung dadurch näher kommt, daß er es auch auf das Wohl des Staates und seiner Mitglieder, also das Gemeinwohl, mitabstellt.

Kitzinger[104]) lehnt es ab, den Gedanken des Gutsnotstandes als eine Verallgemeinerung des dem § 904 BGB. innewohnenden Prinzips als Rechtfertigungsgrund beim übergesetzlichen Notstand zu verwenden. Ihm widerstrebt es, daß im Gutsnotstand die geringerwertigen Rechtsgüter eines Dritten sollen verletzt werden dürfen. Die Unzulässigkeit solcher Eingriffe glaubt er aus dem Gesichtspunkt herleiten zu können, daß § 904 BGB. als Bestimmung des dritten Buches des BGB. nur eng auszulegen sei. Dem ist entgegen zu halten, daß der Gesetzgeber stets das höherwertige Interesse ge-

---

102) II, 226 ff.
103) 286.
104) JW. 62, 406 f.

rettet wissen will[105]) und daß es sich nur um einen Ausschluß der Strafbarkeit, nicht dagegen auch um einen solchen des entstandenen Schadensersatzanspruches handelt. Für das Zivilrecht wird der herrschenden Ansicht ohne weiteres zugestimmt, daß § 904 BGB. nicht analog anzuwenden ist.

Außerdem trifft es nicht zu, daß die Güterabwägungstheorie eine Verallgemeinerung des im § 904 BGB. enthaltenen Grundsatzes darstellt. Vielmehr muß betont werden, daß es sich bei ihr um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt. Auszugehen ist von dem als richtig und m. E. als unbestreitbar anzuerkennenden Gesichtspunkt, daß die Rechtsordnung in einem Falle, in dem nur ein Rechtsgut unter der Voraussetzung weiter bestehen kann, daß ein anderes verletzt wird, dasjenige gerettet wissen will, dessen Existenz sie den größeren Wert beimißt[106]).

Aus der Tatsache, daß das Gesetz bestimmte Handlungen fordert oder erlaubt, andere verbietet, kam man zu der Erkenntnis, daß es zum menschlichen Leben wertend Stellung nimmt[107]). Beweis für die Richtigkeit dieses Gedankens legen die §§ 228, 904 BGB., 9 II Strandungsordnung, 700 I HGB., 87 II Seemannsordnung, 12 I in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 19. 12. 1935, 11, 23 Arbeitszeitordnung ab. Aus jedem gesetzlichen Tatbestand ist deshalb der „objektive Wert, dem das Strafgesetz seinen Schutz angedeihen läßt"[108]), zu ermitteln: er „ist, wenn er auch nicht für alle Zeiten und in allen Ländern der Erde einheitlich festgelegt werden kann, doch innerhalb einer Volksgemeinschaft eine im wesentlichen gleichbleibende Größe." Denn „die auf der Bluts- und Schicksalsgemeinschaft beruhende Eigenart eines Volkes bedingt eine, vielleicht Schwankungen unterworfene, in ihrem Urgrund aber feststehende Bewertung"[109]). Dieser zu ermittelnde Wert der von der Rechtsordnung geschützten Belange ist schlechthin das „Rechtsgut". Zwischen ihm und dem strafgesetzlichen Tatbestand besteht eine Wechselbeziehung: einmal ist dieser maßgebend für die Ermittlung des Rechtsguts und andererseits kann aus dem ermittelten Rechtsgut der Sinn des Tatbestandes, insbesondere seiner einzelnen Teile erfaßt werden. Von hier aus gelangt man zur Heranbildung von (juristischen) Begriffen, die stets zugleich nach dem Endziele der

105) vgl. §§ 700 I HGB., 9 II Strandungsordnung, 11 Arbeitszeitordnung.

106) Stammler 75 f.

107) Schwinge 22.

108) Mezger 200.

109) Denkschrift des Preuß. JM. 119.

Rechtsordnung, d. h. ihrem Zweck, orientiert sind (teleologische Begriffsbildung)[110]).

Es ist nun zu prüfen, auf welche Weise der Wert der einzelnen Rechtsgüter zu ermitteln ist. Das Reichsgericht will diesen Wert festgestellt wissen aus der Höhe der Strafdrohungen in den einzelnen Gesetzesbestimmungen. Aus ihnen sei das Interesse des Staates ersichtlich, das er an der Erhaltung der von ihm unter seinen Schutz gestellten Rechtsobjekten habe. Daß dies in dem damals zu beurteilenden Fall[111]) nur eine formale Begründung gewesen sein kann, muß ohne weiteres zugegeben werden[112]). Denn die Strafdrohungen fallen teilweise nach dem Volksempfinden, das die ratio legis nicht erkennt, sehr ungerecht[113]) aus. Ferner ist man nur insoweit aller weiteren Schwierigkeiten enthoben, als sich aus dem Gesetz ein Wertungsmaßstab entnehmen läßt. Dies ist jedoch sehr oft nicht der Fall. Denn „das Gesetz ist lückenhaft, das Recht ist lückenlos." Infolgedessen ergibt sich die Notwendigkeit, zur Feststellung dieser Werte sich anderer Hilfsmittel zu bedienen. In einem derartigen Fall ist dann, sofern auch infolge Fehlens eines Gewohnheitsrechts sich ein brauchbares Ergebnis nicht finden läßt, auf die dem gesamten Rechtsleben zugrunde liegende nationalsozialistische Weltanschauung, den Sinn und Zweck des einzelnen Gesetzes zurückzugehen. Aus ihnen sowie dem gesunden Volksempfinden und den Kundmachungen des Führers lassen sich dann die Werte der im einzelnen Fall in Widerstreit befindlichen Interessen ermitteln[114]). Auf diese Momente hat sich der Richter bei Schwei-

---

110) Mezger 20 — z. B. das durch § 303 StGB. geschützte Rechtsgut ist nicht die fremde Sache, sondern die Unversehrtheit fremden Eigentums, und diese ist nicht im Wortsinn, sondern in wirtschaftlicher Hinsicht aufzufassen. Deshalb ist Sachbeschädigung nicht nur eine Verletzung der Substanz, sondern auch ein vollkommen sachgemäßes Auseinandernehmen einer Maschine und ihrer dadurch bedingten zeitweisen Unbrauchbarkeit.

111) E. 61, 255.

112) vgl. Wachinger (Frankfestg. I, 513/4): „Die Heranziehung der Strafdrohungen bei der Güterabwägung hat nicht die Bedeutung, daß die Abwägung in allen Fällen der Interessenkollision an der Hand der Strafdrohungen vorzunehmen sei".

113) Unterschlägt ein Postbeamter z. B. eine Briefmarke, so ist hierfür eine Mindeststrafe von drei Monaten Gefängnis angedroht, § 350 StGB., während im Falle einer fahrlässigen Tötung, § 222 StGB., nur eine Mindeststrafe von einem Tag Gefängnis, § 16, oder Geldstrafe, § 27 b StGB., angedroht wird.

114) Vgl. auch Beling, der die herrschenden Kulturanschauungen heranziehen will (Z. 44, 221, Rechtsw. und Rechtsphil. 38/39). Denn

gen des Gesetzes zu stützen, mit ihrer Hilfe hat die Feststellung zu erfolgen, welcher Wert dem einzelnen Rechtsgut beizumessen ist[115]).

Infolgedessen erledigt sich im nationalsozialistischen Staat m. E. der von Finger erhobene Einwand, die Bewertung der Rechtsgüter könne verschieden ausfallen. Da der Richter nur nach der nationalsozialistischen Weltanschauung zu urteilen hat, kann ein derartiger Fall, wie ihn Finger beispielsweise bildet[116]), nicht mehr Wirklichkeit werden. Bei der Bewertung ist als Maßstab nicht zugrunde zu legen der Wert, den das Rechtsgut(etwa weil es sich um ein Andenken handelt) gerade für den Gefährdeten hat, sondern der Wert, den man ihm üblicherweise beimißt[117]). Anderenfalls würde man bei Berücksichtigung subjektiver Momente nie zu einem Ergebnis gelangen.

---

zu diesen gehöre auch „der Komplex der bei der führenden Schicht des betreffenden Menschenverbands empirisch bestehenden, den Gegebenheiten des sozialen Lebens zugewandten und als maßgeblich geltenden Wertvorstellungen“ (Interessenabwägungen).

Bemerkenswert ist bei dieser Gelegenheit ein Rückblick auf die Zeiten des Parteienstaates, der zeigt, wie sehr bei der „führenden Schicht“ die Wertauffassungen abwichen von denen der Mehrheit des „geführten“ Volkes. Wie vor allem die großen Berliner Korruptionsprozesse, z. B. gegen Barmat, Kutisker, Sklarek, ferner gegen den ehemaligen Berliner Oberbürgermeister Böß, den früheren Staatssekretär a. D. Bredow und den Rundfunk-Indentanten Flesch, ergeben haben, scheuten sich etliche auf hohen Posten befindliche Persönlichkeiten nicht, sich an öffentlichen Geldern zu vergreifen, ohne irgendwie Bedenken zu empfinden. Im Laufe der Verhandlungen ergab es sich, daß die Strafverfolgungsbehörden zum Teil angewiesen worden waren, nichts zu sehen (genannt seien nur die Namen Grzeszinski und Weiß, der ehemalige Polizeipräsident und Vizepolizeipräsident von Berlin); hingegen bestrafte man die Menschen, die infolge Arbeitslosigkeit aus Not sich irgendwie vergangen hatten, um ihren Hunger zu stillen. Der Richter, der die herrschende Wertanschauung zugrunde zu legen hatte, kam in Gewissenskonflikte. Denn er hatte sich nach der Anschauung der „herrschenden Schicht“ zu richten, die in Wirklichkeit von einer verschwindenden Minderheit dem Volke aufoktroyiert war.

115) vgl. Schmitt JW. 62, 2793 Satz 4.

116) 484.

117) vgl. z. B. § 430 II HGB., wo der Gesetzgeber auch einen generellen Maßstab, den „gemeinen Handelswert“ ohne die Eigenarten des einzelnen Falles eingeführt hat. S. auch Würzburger S. 109 ff.: dagegen Hold von Ferneck II, 60.

Es ist zuzugeben, daß die Güterabwägungstheorie aus ethischen Gesichtspunkten auf Widerspruch stößt[118]). Selbstverständlich ist es allgemeine Nächstenpflicht, einem Bedrängten zu helfen, ebenso wie derjenige, der sich im Notstand befindet, verpflichtet ist, die Rechtsgüter seines Nächsten zu schonen und den Rechtsfrieden zu wahren. Er darf deshalb nicht schon aus dem Grunde, weil sein bedrohtes Rechtsgut um ein Geringes höherwertig ist, das eines Dritten verletzen. Denn die Rechtsordnung ist nicht dazu da, dem Notstandstäter unter dem Deckmantel des Notstandes eine Handlung zu gestatten, die Notstandsgefahr einfach auf einen anderen Rechtsgenossen abwälzen zu lassen[119]).

Hold von Ferneck[120]) und Fischer[121]) wenden sich gegen die Güterabwägungstheorie lediglich aus dem Grunde, daß ein Abschätzen der Rechtsgüter nicht mit der Würde des Rechts vereinbar sei: „Allerdings hat Themis eine Wage in Händen. Aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht „Rechtsgüter", noch weniger Sachen und Geld. Dies besorgt das Hökerweib"[122]). Darüber hinaus lehnt Hold von Ferneck die Güterabwägungstheorie ab, da sie praktisch undurchführbar sei[120]). Bei dem ersten Einwand erübrigt es sich m. E., näher darauf einzugehen: Hat denn der Richter nicht stets die Aufgabe, im Prozeß das Vorgetragene zu würdigen, ob es unter einen Gesetzestatbestand fällt oder nicht? Muß er nicht bei einer einstweiligen Verfügung beispielsweise sogar den Streitwert festsetzen?

Soweit die praktische Anwendbarkeit der Kollisionstheorie in Betracht kommt, hieße es ohne weiteres — würde man Hold v. Ferneck Recht geben — die Flinte ins Korn werfen, wollte man lediglich auf Grund der theoretischen Möglichkeit, daß einmal nicht sogleich eine Abwägung der in Widerstreit stehenden Rechtsgüter vorgenommen werden kann[123]), von Anfang an die Güterabwägungstheorie verwerfen. Abgesehen davon, daß — wie die zahlreichen Entscheidungen zeigen — m. E. in der Praxis sich bislang unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Anwendung der Güterabwägungstheorie nicht ergeben haben, bedeutet sie nach Ansicht ihrer Vertreter selbst nur ein Prinzip[124]), das eine Handhabe für eine Entscheidung der einzelnen Notstandsfälle bietet.

---

118) Heimberger, Reform 81, Hold v. Ferneck II, 65 f.

119) vgl. Ad. Merkel, Lehrb. 157.

120) Rechtsw. II, 66.

121) 227.

122) Hold v. Ferneck a. a. O.

123) In einem derartigen Fall wird der Richter sodann an Hand der oben erwähnten Momente zu einem richtigen Ergebnis gelangen, S. 27/28.

124) vgl. weiter unten S. 30 — Soweit Hold v. Ferneck die Güter-

In seiner eingehenden Untersuchung der Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 61, 242; 62, 137) beruft sich Eb. Schmidt auf das kompossible Maximum der Lebenswerte Mezgers und für die Angemessenheit des Mittels und die Richtigkeit des Zweckes auf die in den staatlichen Einrichtungen hervortretenden Wertungen[125]). Hiermit steht er bereits unversehens auf dem Boden einer Güterabwägung m. E. mindestens in demselben Umfange, in dem — nach seiner Ansicht — das Reichsgericht sich auf dem Boden der von ihm befürworteten Zwecktheorie befand. Wenn er ferner behauptet[126]), die Güterabwägungstheorie allein ermögliche auch nicht die Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit, so muß er damit andererseits zugeben, daß sie nicht völlig zu verwerfen ist. Henkel[127]) führt ebenfalls aus, daß — vom objektiven Standpunkt aus betrachtet — die gegen die Güterabwägungstheorie vorgebrachten Einwendungen zu ihrer Ablehnung nicht ausreichen.

Ihre Vertreter selbst gestehen ein, daß sie in zahlreichen Fällen nicht ohne weiteres anwendbar sei. Mezger[128]) spricht bei seinem Prinzip des überwiegenden Interesses von einem nur formalen Prinzip[129]): es stelle den Ausgangspunkt dar, von dem aus man zum einzelnen Fall gelange.

Im folgenden ist zu untersuchen, inwieweit die Güterabwägungstheorie zu verwenden ist und in welcher Hinsicht sie eingeschränkt oder berichtigt werden muß.

Voraussetzung für eine Rechtfertigung der Notstandshandlung ist das Vorliegen eines Gutsnotstandes, d. h. es muß einem von der Rechtsordnung geschützten Rechtsgut eine erhebliche gegenwärtige Gefahr drohen, die nur dadurch beseitigt werden kann, daß ein gleichfalls rechtlich geschütztes Rechtsgut eines Dritten verletzt wird.

Die Verletzung eines Rechtsguts eines anderen oder die Nichterfüllung einer Pflicht muß sodann das einzige Mittel sein, um die Notstandslage beheben zu können, es sei denn, daß dies noch durch eine Handlung angängig ist, mit der ein noch größerer Schaden angerichtet werden würde. Eine Möglichkeit, die Gefahr auf andere Weise abzuwenden, darf nicht bestehen. Dieses Erfor-

---

abwägungstheorie mit der Begründung bekämpft, daß sie das Moment der Verschuldung der Not außer Acht lasse (II, 67), wird zu dieser Frage noch weiter unten Stellung genommen (S. 47 ff.).

125) Z. 49, 375/76.

126) a. a. O. 374.

127) 82.

128) 240, GS. 89, 314.

129) Lobe (S. 30) spricht von einer „Richtlinie". Vgl. Eb. Schmidt Z. 49, 374.

dernis ist stets genau zu prüfen. Wenn ein Arzt einen Untersuchungsbefund Dritten mitteilt und dadurch seine Pflicht, ihm kraft seines Berufes anvertraute Privatgeheimnisse nicht zu offenbaren, verletzt, um hierdurch andere Personen vor einer Körperverletzung zu schützen, so ist sein Verhalten nur rechtmäßig, wenn ihm nicht andere Mittel und Wege zu Gebote stehen[130]). Ebenso darf von den zwei durch ein Seil verbundenen Bergsteigern[11]) der noch nicht Abgestürzte den anderen nicht abschneiden, wenn etwa durch Rufen oder auf sonstige Weise eine Rettungsmöglichkeit besteht.

Bei den einzelnen Interessenkollisionen sind vier Hauptgruppen zu unterscheiden: die Interessen eines einzelnen Rechtsgenossen können in Widerstreit treten

a) mit denen eines anderen,
b) mit denen der Allgemeinheit.

Sodann kann es sich ereignen, daß Interessen der Allgemeinheit

c) mit gleichartigen und
d) mit solchen eines einzelnen zusammentreffen.

Kaum beachtlich für die strafrechtliche Würdigung dürften die Fälle sein, in denen Interessen der Allgemeinheit einander gegenüberstehen. Denn diese dürften nicht zur Entscheidung vor den ordentlichen Richter gelangen[132]). Infolgedessen wird von ihrer weiteren Erörterung Abstand genommen.

Im § 54 StGB. sind nur Leib oder Leben des einzelnen für notstandsfähig erklärt worden: sie sind die einzigen Rechtsgüter, zu deren Rettung in fremde Interessen eingegriffen werden darf. Im § 904 BGB. dagegen ist der Kreis der Rechtsgüter nicht beschränkt. Hier sind alle Interessen des einzelnen Rechtsgenossen als notstandsfähig anzusehen. Diese für § 904 BGB. hinsichtlich aller Rechtsgüter anerkannte Notstandsfähigkeit in den Fällen der Lückenergänzung nach irgendeiner Richtung einzuschränken, besteht kein Anlaß. Insbesondere wird man die bisher teilweise geleugnete[133]) Möglichkeit eines Ehrennotstandes nunmehr zweifellos bejahen müssen: Ist doch in dem nationalsozialistischen, auf dem Gemeinschaftsgedanken aufgebauten Staat die Ehre eine der wesentlichsten Voraussetzungen eines gesunden völkischen Zusammenlebens[134]). Wer wollte folgende Handlungsweise als rechtmäßig er-

130) vgl. E. 38, 62.

131) Oetker, Frankfestg. I, 373.

132) Weber 101, 132; Henkel 110; Broglio 17/18 — Die einzige Bestimmung, die einen Fall solcher Art sogar regelt, dürfte § 32 Reichsstraßenverkehrs-Ordnung v. 28. 5. 34 (RGBl. I, 455) sein.

133) Broglio 15, Köhler, Notstand 14 ff., Traeger, G.S. 92, 318 ff.

134) „Die Ehre ist das Mark der Treue" war der Leitspruch des größten Soldaten unseres Zeitalters. Im Reichserbhofgesetz wird vom

achten? Ein Kaufmann, der mit seinem Schwager zusammen ein Handelsgeschäft betreibt, steht vor dem Zusammenbruch. Der Schwager geht, weil er sich mit der Familie entzweit hat, ins Ausland. Man redet davon, daß er große Unterschlagungen begangen habe. Daraufhin gewähren die Fabrikanten dem Kaufmann, der diesem Gerücht nicht entgegentritt, in dem Glauben, daß nunmehr die Schwierigkeiten überwunden seien, umfangreiche Kredite und dieser erwirbt hierdurch allmählich ein großes Vermögen.

Aber auch für die Freiheit ist die Notstandsfähigkeit anzuerkennen. Genau wie das Gesetz der persönlichen Freiheit im § 239 StGB. als Rechtsgut seinen besonderen Schutz hat zuteil werden lassen, so wäre es andererseits ein Widerspruch, wenn ein Rechtsgenosse sich nicht einer Freiheitsberaubung bei Vorliegen der sonstigen allgemeinen Notstandsvoraussetzungen sollte erwehren dürfen.

Schließlich ist noch bei den persönlichen Rechten bestritten, ob zu ihren Gunsten Notstandshandlungen zulässig sein sollen. Dagegen nimmt vor allem Köhler[135]) Stellung. Indes die von ihm angeführten Beweisgründe sind nicht durchschlagend. Denn mag auch selten die Möglichkeit eines Notstandes gegeben sein, so wird man trotzdem eine Handlung unter den sonstigen Einschränkungen zulassen können, wenn alle anderen Mittel einer Rettung wie Schadensersatz, Beschlagnahme, einstweilige Verfügung und dgl. versagen.

Eine Teilung in Personen- und Sachnotstand vorzunehmen, wie sie zuweilen empfohlen wird, ist m. E. nicht erforderlich, da im täglichen Leben nicht nur Fälle vorkommen, in denen in ein Rechtsgut der gleichen Art wie des bedrohten eingegriffen werden muß, sondern auch solche, in denen zu Gunsten der Unversehrtheit von Personen Sachgüter verletzt werden müssen und umgekehrt. Im übrigen wird das Bild durch eine Unterteilung der vorgeschlagenen Art nur unübersichtlicher, ohne daß tatsächlich ein Fortschritt dadurch erreicht werden würde.

Zu prüfen sind nunmehr die Fälle des Notstandes, in denen Interessen eines einzelnen durch Eingriffe in die Interessen anderer Rechtsgenossen gerettet werden.

Vorweg ist noch allgemein zu bemerken, das die Güterabwägungstheorie nicht in der Weise Anwendung zu finden hat, als ob ein Kaufmann mit einer Ware handelt, also etwa in der Form: das eine Rechtsgut ist ein wenig wertvoller als das andere. Infolgedessen muß dieses andere sich eine Einwirkung gefallen lassen. Viel-

---

Bauern gefordert, daß er e h r b a r ist. Für fast alle Stände sind Ehrengerichtsordnungen erlassen.

135) S. 16/17.

mehr sind stets dabei noch die Belange der Allgemeinheit mit bei der Beurteilung heranzuziehen. So ist beispielsweise zu beachten, daß die Volksgemeinschaft ein Recht darauf hat, daß der Rechtsfrieden nicht ohne weiteres schon bei einem etwas höheren Wert des bedrohten Rechtsguts gebrochen wird.

Ohne weiteres zum Ziel führt die Güterabwägungstheorie, wenn erkennbar ist, welches Rechtsgut höherwertig ist und wenn keine besonderen Momente vorliegen, deren Berücksichtigung billigerweise zu fordern ist (z. B. daß an dem einen oder anderen Rechtsgut die Volksgemeinschaft noch ein mittelbares Interesse hat[136]), hinsichtlich deren die Güterabwägungstheorie indes keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet, ob und auf welche Weise sie bei der Entscheidung zu beachten sind[137]). Nimmt z. B. der Nachbar bei einer Feuersbrunst dem Eigentümer seine Leiter zwecks Durchführung von Rettungsmaßnahmen weg, so steht sein Interesse an der Ausübung eines ungestörten Besitzrechtes hinter dem Interesse des seine Sachen rettenden Nachbarn zurück[138]).

Sodann ist denkbar der Fall, daß das gefährdete Rechtsgut gleichwertig ist demjenigen, das zur Beseitigung der Gefahr verletzt werden muß. Hier die Notstandshandlung zu rechtfertigen, besteht kein Anlaß. Denn die Rechtsordnung kann nicht eine Handlung als rechtmäßig beurteilen, wenn der Täter, um sein bedrohtes Rechtsgut vor dem Untergang zu bewahren, ein gleichwertiges eines unbeteiligten Dritten verletzt. Es widerspricht dem Gemeinschaftsgefühl, wenn der im Notstand Befindliche sich einfach dadurch von seinen Sorgen befreit, daß er den drohenden Schaden auf einen anderen Rechtsgenossen abwälzt. In derartigen Fällen kommt höchstens eine Entschuldigung des Täters in Betracht.

Alsdann gibt es Lebenslagen, in denen private Interessen mit öffentlichen im Widerstreit stehen. Einen Fall dieser Art regelt § 11

---

136) Ein Fall, der sachlich noch unter § 904 BGB. fällt, möge das zeigen: A besitzt eine Villa am Wasser. Ein Knabe, der am Ertrinken ist, will sich an einem kostbaren Teppich, der von der Ballustrade des A herunterhängt, retten. Da A jedoch den Teppich hochzieht, um ihn zu schützen, ertrinkt der Knabe. In diesem Fall ist es ganz offensichtlich, daß der Knabe rechtmäßig handelte, als er sich an den Teppich klammern wollte. Dagegen hat A rechtswidrig gehandelt. Denn die Allgemeinheit hat ein größeres Interesse an der Erhaltung eines Menschen als an der eines noch so kostbaren Teppichs.

137) Die Lösung solcher Fälle soll erst weiter unten (S. 43) versucht werden.

138) Eine derartige Lösung gibt der Gesetzgeber sogar selbst im BGB., sofern es sich um einen Eingriff in Sachen handelt.

Arbeitszeitordnung: in ihm erklärt der Gesetzgeber eine Übertretung der Arbeitszeitbestimmungen für zulässig, wenn anderenfalls für den Arbeitgeber ein besonderer wirtschaftlicher Schaden eintreten würde[139]).

Zur Frage, ob man allgemein die Zulässigkeit solcher Eingriffe bejahen soll, muß man sich vergegenwärtigen, welche Fälle in Betracht kommen. Der Besitzer einer Hühnerfarm erschießt einen Hund, da er auf andere Weise seine Hühner nicht schützen kann, obwohl gemäß § 367 Ziff. 8 StGB. das Schießen an diesem Orte verboten ist[140]): dadurch hat er — abgesehen von der Verletzung des Eigentums — die im Interesse der öffentlichen Sicherheit erlassene Vorschrift des § 367 Ziff. 8 StGB. übertreten. — Ein Arzt fährt, ohne im Besitz eines Führerscheins zu sein, da sein Chauffeur gerade nicht anwesend ist, zu einem lebensgefährlich Erkrankten. — Jemand hat einen Menschen vom Tode des Ertrinkens errettet aus einem Teich, in dem das Baden verboten ist. In diesen Fällen zeigt es sich, daß öffentliche Interessen verletzt sind, die nur aus präventiv-polizeilichen Gesichtspunkten zu solchen erhoben worden sind. Hier zu bestrafen, würde dem gesunden Menschenverstand widersprechen. Grünhut[141]) folgert deshalb aus dem Gedanken, daß Not- oder Sachwert und Polizeiverbot dem gleichen Schutzzweck dienen, die Rechtfertigung einer durch Einwirkung des Notwehraktes auf Rechtsgüter Dritter vorgenommenen Notstandshandlung. — Ferner: da ein Brand ausgebrochen ist, stört der Täter durch Alarmschlagen den Gottesdienst[142]).

Andererseits: jemand begeht zu seiner Rettung aus Leibes- oder Lebensgefahr einen Hoch- oder Landesverrat. Ohne erhebliche Schwierigkeiten ist in diesem Fall festzustellen, daß eine derartige Handlung nicht rechtmäßig sein kann. Denn die Unversehrtheit des Staates ist über das Leben des einzelnen zu stellen. Zu prüfen bleibt hier lediglich eine Entschuldigung. — Ein Postbeamter verletzt, um seine Amtsehre zu wahren, das Briefgeheimnis. „Gegenüber diesem Rechtsgut der Allgemeinheit und des Staates hat der

---

139) Ebenfalls einen Eingriff in öffentliche Interessen zugunsten Privater behandelt § 67 II Personenstandsgesetz. Jedoch wird hier, anders als im § 11 Arbeitszeitordnung, die Tat nur entschuldigt. — vgl. Lobe S. 59. —

140) vgl. einen ähnlichen Fall DJZ. 8, 523, ferner den Fall, daß jemand, um seinen Jagdhund zu retten, einen unter Naturschutz stehenden Fischadler erschießt, KG. vom 2. 8. 1935 in Dtsch. Justiz 1935, 1595.

141) Z. 51, 459.

142) E. 5, 258.

Schutz der Amtsehre des Angeklagten als des Rechtsguts einer Einzelperson zurückzutreten"[143]).

Ohne weiteres kann in all diesen Fällen nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses eine Abwägung vorgenommen werden. M. E. läßt sich auch nicht behaupten, daß sich Schwierigkeiten bei der Bewertung der öffentlichen Interessen einstellen werden. Infolgedessen ist auch bei einem Eingriff zugunsten eines einzelnen Rechtsgenossen in öffentliche Interessen die Möglichkeit zu bejahen, eine derartige Handlung als rechtmäßig erklären zu können[144]).

Streit herrscht darüber, ob Interessen der Allgemeinheit notstandsfähig und inwieweit Eingriffe in Rechtsgüter einzelner Volksgenossen zu ihrer Wahrung für zulässig zu erachten sind. Bedenken irgendwelcher Art, öffentliche Interessen für notstandsfähig zu erklären, bestehen nicht. Denn der Gesetzgeber hat es nicht daran fehlen lassen, durch zahlreiche Gesetze öffentlichen Interessen seinen Schutz angedeihen zu lassen: vgl. z. B. die Gewerbeordnung, das Impfgesetz, das Gesetz über den Verkehr von Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen, das Gaststättengesetz, das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, ferner die Möglichkeit einer Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher, § 17 Reichspostgesetz. In allen diesen Gesetzen sind Beschränkungen oder Zwangsmaßnahmen vorgesehen, die in die Interessen einzelner zugunsten der Allgmeinheit eingreifen.

In seiner Entscheidung in Bd. 62, 35 ff. hat das Reichsgericht die Aufrechterhaltung des Wirtschaftslebens in der Zeit des Ruhreinfalls im besetzten Gebiet für ein notstandsfähiges Interesse erklärt, zu dessen Rettung ein Kaufmann selbst Gesetzesverletzungen begehen dürfe. Ebenso wurden in einem bereits angeführten und nur wenig beachteten Urteil[145]) diejenigen gerechtfertigt, die in Ostpreußen in der Zeit der allgemeinen Bauernverarmung zur Erhaltung des bäuerlichen Grund und Bodens die Zwangsversteigerungen verhinderten.

Die Fälle, in denen zugunsten der Allgemeinheit in die Interessen Dritter einzugreifen eine Notwendigkeit besteht, dürften jedoch

---

143) JW. 57, 662.

144) Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch E. 62, 35 ff. und auch JW. 61, 2810. Die Bauern als Privatpersonen verstießen hier gegen die Gesetze, um ihren Besitz zu behalten. Zugleich aber erhielten sie mittelbar das Interesse der Allgemeinheit an einem bodenständigen Bauerntum im Osten.

145) JW. 61, 2810.

kaum eine erhebliche Bedeutung erlangen. Denn insoweit es sich um Verletzungen privater Belange kraft staatlichen Hoheitsrechts handelt, tritt nicht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ein, vielmehr steht hier dem einzelnen nur der Verwaltungsrechtsweg offen. Überdies kommt lediglich eine Aufhebung der getroffenen Maßnahmen oder eine Wiedergutmachung in Betracht[146]).

Einer besonderen Erwähnung bedarf der — teilweise auch in das Gebiet der Nothilfe gehörende — Staatsnotstand[147]): seit den Tagen der Schwarzen Reichswehr erregte das größte Interesse die Frage, ob sich der Staat im Notstand befinden und ob Nothilfe zu seinem Gunsten geübt werden könne. Es mag zugegeben werden, daß diesem Problem heute mehr historische als praktische Bedeutung zuzumessen ist; denn bei dem jetzigen auf dem Führerprinzip aufgebauten Staat ist ein Bedürfnis, in Fällen von Gefahr das Wohl eines ganzen Volkes nicht zur Staatsführung auserwählten Personen anzuvertrauen, ohne weiteres abzulehnen. Bemerkenswert ist immerhin und auch bezeichnend für das liberalistische Zeitalter, daß es letzten Endes einen Staatsnotstand bejahte. Zwar wurde auch die Ansicht vertreten[148]), daß der Staat durch seine Organe sich stets selbst genügend schützen könne. Aber die Vergangenheit hatte bewiesen, daß ein derartiger Notstand möglich war. Das Reichsgericht[149]) ist, so gut es ging, einer klaren Beantwortung der Frage ausgewichen, was nicht weiter Wunder nehmen kann. Denn die hier zu machenden etwaigen Rechtsausführungen waren zugleich von weittragender politischer Bedeutung. Trotzdem hat es sich zu einer völligen Verneinung des Staatsnotstandes, d. h. der Zulässigkeit von Eingriffen in Rechtsgüter der Bürger zwecks Beseitigung einer dem Staate drohenden Gefahr nicht entschließen können, hält es doch allgemein einen Staatsnotstand für möglich, wenn es auch in dem zur Entscheidung vorliegendem Fall dem Täter die Berufung auf den Notstand mit Rücksicht darauf, daß seine Handlung nicht das einzige Mittel war, versagt hat[150]). Diesem Standpunkt der Anerkennung eines Staatsnotstandes, dem auch der überwie-

---

146) Broglio 17, Henkel 110, RGZ. 89, 225 — nur hinsichtlich eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruches steht der ordentliche Rechtsweg offen, vgl. §§ 74, 75 Einl. ALR., jetzt § 70 des Preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes v. 1. 6. 1931.

147) Da nur eine natürliche Person eine Notstandshandlung begehen kann, kommt für den Staat lediglich eine Abwendung der ihm drohenden Gefahren durch Dritte (Nothilfe) in Betracht.

148) Köhler 14.

149) E. 63, 225.

150) E. 63, 226.

gende Teil der Literatur beipflichtete, konnte für die damalige Zeit ohne weiteres zugestimmt werden[151]).

Das Ergebnis läßt sich somit kurz dahin zusammenfassen: wenn auch Fälle der angegebenen Art sehr selten vorkommen werden, da meistens die Eingriffe kraft staatlichem Hoheitsrechts und auf gesetzlicher Grundlage erfolgen werden[152]), so sind trotzdem, auch insoweit eine gesetzliche Regelung fehlt, Allgemeininteressen notstandsfähig und Verletzungen von Interessen einzelner Rechtsgenossen zu ihren Gunsten keineswegs rechtswidrig, sofern die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

Zuweilen ereignet es sich, daß sich nicht nur ein einzelnes Rechtsgut, sondern mehrere Rechtsgüter verschiedener Personen im gemeinsamen Notstand befinden und dessen oder deren Rettung nur auf Kosten des oder der anderen mitgefährdeten möglich ist. Man spricht in diesem Sonderfall von einer „Gefahrgemeinschaft"[153]).

Einige[154]) glauben, einen Unterschied machen zu müssen zwischen primärer und sekundärer Gefahrgemeinschaft. So soll eine sekundäre Gefahrgemeinschaft vorliegen, wenn die Gefahr für das eine Rechtsgut noch nicht von Anfang an besteht, sondern dieses erst im weiteren Verlauf der Geschehnisse in die Gefahrenzone hineingezogen worden ist. Bei den beiden Schiffbrüchigen (Brett des Karneades) könne man davon reden, daß für den, der bereits auf der Planke saß, die Gefahr nur „sekundär" gewesen sei. Erst dadurch, daß der andere ihn von der Planke stieß, sei für ihn die Gefahr „primär" geworden. Henkel[155]) will, um die Unterscheidung von primärer und sekundärer Gefahrgemeinschaft zu vermeiden, den Begriff dahin formulieren, daß eine Gefahrgemeinschaft nur dann anzunehmen sei, wenn die Gefahr eine ursprüngliche sei, nicht aber, wenn eine Abwälzung stattfindet. M. E. sind diese verschiedenen Unterscheidungen abzulehnen: denn beim Hineinziehen unbeteiligter Rechtsgüter in die Gefahr besteht auch für diese die Gefahr, und eine Abwälzung der Gefahr ist gerade das der Gefahrgemeinschaft Eigentümliche[156]).

---

151) Hartung JR. 1931, 64 f., Oetker, GS. 97, 411; 99, 156; Wachinger, Frankfestg. I, 517, IKVM. N.F. 5, 128, Henkel 109, Eb. Schmidt, IKVM. N.F. 5, 156, RG. DRZ. 1932, 10; a. A. Lewin DRZ. 1932, 12, Thoma, Hdb. d. Dtsch. Staatsr. II, 232.

152) Erinnert sei an die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher.

153) Oetker, Frankfestg. I, 373, Henkel 90.

154) Köhler 26 ff., 28, 29; Broglio 20/21.

155) S. 90.

156) Lobe 37.

In den Fällen der Gefahrgemeinschaft ist zu unterscheiden, ob die Gefahr für alle Rechtsgüter gleich groß ist und ob es sich um gleichwertige handelt oder nicht. Besteht für das eine Rechtsgut die Gewißheit oder die große Wahrscheinlichkeit seines sicheren Unterganges, so würde seine Rettung auf Kosten des anderen weniger gefährdeten ein Widerspruch sein. Als Schulbeispiel ist die auf hoher See treibende Schiffsmannschaft anzuführen, die den völlig erschöpften Schiffsjungen tötet, um ihren Hunger zu stillen[157]). Zu diesem Ergebnis muß man auch gelangen, wenn das erheblicher gefährdete Rechtsgut das wertvollere darstellt. Für diesen Fall, daß eine Vernichtung des wertvolleren Rechtsguts in Frage steht, vertritt Lobe[158]) die Ansicht, die Güterabwägung habe hier keinen Raum. M. E. jedoch ist das gewonnene Resultat — die Vernichtung des wertvolleren Rechtsguts zuzulassen — nur aus dem Gesichtspunkt der Güterabwägung zu verstehen[159]). Denn es handelt sich zwar um ein generell höherwertiges Rechtsgut, das verletzt wird, nicht aber ist dieses Rechtsgut im konkreten Fall der Gefahr höherwertig, wenn sein Untergang gewiß oder mit an Bestimmtheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist. Vielmehr ist dann im Augenblick der Gefahrgemeinschaft das Rechtsgut höherwertig, dessen Rettung ohne allzu erhebliche Schwierigkeiten bewerkstelligt werden kann, mag es auch in normalen Lebenslagen als das geringerwertige anzusprechen sein.

Befinden sich dagegen mehrere Rechtsgüter in einer für alle gleichen Gefahrgemeinschaft, so ist bei verschieden zu bewertenden Rechtsgütern die Tat rechtlich nicht zu mißbilligen, die statt des höherwertigen das geringere Rechtsgut rettet. Denn es würde m. E. dem gesunden Volksempfinden widersprechen, in einem solchen Falle ein Unwerturteil darum zu fällen, weil nicht das höherwertige Interesse gerettet worden ist. Es entspricht mehr der Auffassung der Rechtsordnung, die Rettung wenigstens eines Rechtsguts gut zu heißen als ein den Untergang aller bewirkendes passives menschliches Verhalten[160]).

Ist die Gefahrgemeinschaft für alle gefährdeten Rechtsgüter gleich und sind diese gleichwertig, so kann hier die Lösung nicht allein mit Hilfe der Güterabwägungstheorie gefunden werden. Vielmehr ist aus dem allgemeinen Gedanken der Rechtsordnung, die größtmöglichste Interessenbefriedigung aller unter besonderer Berück-

157) a. A. Siegert 35, der lediglich die Schiffbrüchigen mit Hilfe des § 54 StGB. entschuldigt.

158) S. 32.

159) Oetker, Frankfestg. I, 373.

160) „Wahl des kleineren Uebels": Henkel 93, Weber 30, Köhler 27, Oetker, Frankfestg. I, 373.

sichtigung des Wohls der Volksgemeinschaft zu erstreben, ebenso wie im vorigen Falle der Standpunkt zu vertreten, lieber die Handlung zu billigen, die wenigstens ein Rechtsgut retten will als ein Sich-nicht-rühren, ein Untätig-bleiben zu befürworten, wodurch alle Rechtsgüter untergehen würden. In diesem Gedankengang mag man über die Güterabwägungstheorie hinaus infolge des Abwägens der Zweckmäßigkeit der Entscheidung der Zwecktheorie insofern folgen, als es sich bei der Rettungshandlung nicht um ein unangemessenes Mittel handelt, wenn die Rettung des einen Rechtsguts auf Kosten des oder der anderen geschieht und andernfalls alle untergehen. Hier kann ohne weiteres behauptet werden: da der Täter einen größeren Schaden abwendet — den völligen Verlust der sich in Gefahrgemeinschaft befindlichen Rechtsgüter — und seine Handlung sich als angemessenes Mittel darstellt, insoweit sie nicht Unbeteiligte in die Gefahr mithineinzieht und weitere Rechtsgüterverletzungen verursacht, ist seine Handlung rechtlich zu billigen, nicht rechtswidrig.

Ebenso wie bei der Gefahrgemeinschaft handelt es sich um einen Sonderfall bei dem Pflichtennotstand. Ihm eigentümlich ist das Moment, daß der Täter von mehreren Pflichten wenigstens eine erfüllen muß — und dies kann er nur unter Verletzung der anderen! Bei dem Gutsnotstand dagegen stand es ohne weiteres im Belieben des Täters, durch tatenloses Zuschauen sich einer eventuellen strafrechtlichen Verfolgung zu entziehen.

Geht man nun von der Erwägung aus, daß es dem Gesetzgeber fern gelegen hat, von dem Rechtsunterworfenen etwas Unmögliches zu verlangen, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß bei einem Pflichtennotstand nicht bei Erfüllung einer Pflicht eine Bestrafung wegen Nichterfüllung der anderen eintreten kann. Hierbei ist jedoch folgendes zu beachten: im Falle der Gleichrangigkeit der Pflichten ist dem Täter die Auswahl zu überlassen, welche er erfüllen will. Stellt sich hingegen die eine Pflicht als die wichtigere dar, so kann nach dem Grundsatz der Güterabwägung nur die Erfüllung dieser als rechtmäßig erachtet werden. Wenn der Täter trotzdem die mindere Pflicht erfüllt, so bleibt immer noch zu prüfen, ob er nicht zu entschuldigen ist. Maßgebend für die Bewertung der Pflichten ist m. E. nur die objektive Sachlage, alle subjektiven Momente sind außer Acht zu lassen[161]).

Unsere Rechtsordnung unterscheidet noch weiter zwischen Rechtspflichten und sittlichen Pflichten. Es entstehen Zweifel daher in einem Fall, in dem es sich nicht um gleichartige Pflichten handelt: Soll dann stets der Rechtspflicht der Vorzug gegeben wer-

161) Köhler 45, Lobe 37, Mezger GS. 89, 314, Torp Z. 23, 101 Note 17.

den oder soll untersucht werden, ob nicht vielleicht die sittliche Pflicht als die bedeutsamere anzusehen ist? Als zu weitgehend ist der Standpunkt[162]) abzulehnen, der Rechtspflicht gebühre stets die Priorität. Wenn ein Soldat auf Posten sieht, wie 50 m von ihm entfernt ein Mensch getötet wird, so ist es m. E. unbillig, hier die Rechtspflicht, sein Postenbereich nicht zu verlassen, der sittlichen Pflicht, den Tod eines Menschen zu hindern, vorgehen zu lassen. — Der Leiter einer Strafanstalt läßt einen lebensgefährlich erkrankten Gefangenen in ein Krankenhaus überführen, ohne daß er zuvor — entgegen der ihm erteilten Weisung — seine Enthaftung nachgesucht hat, da das Krankenhaus keinen Gefangenen aufnimmt. Zu beachten ist ferner, daß die Rechtspflicht zuweilen vorbeugenden Charakter hat: wer wollte den Arzt bestrafen, der um schneller zu dem lebensgefährlich erkrankten Patienten zu kommen, Verkehrsvorschriften übertritt. Infolgedessen ist stets die Erfüllung derjenigen Pflicht als nicht rechtswidrig zu erachten — mag es eine Rechtspflicht oder eine sittliche Pflicht sein —, die ihrem Grunde nach als die bedeutsamere anzusehen ist[163]). Hier ist eine Möglichkeit gegeben, den bisweilen sich ergebenden Zwiespalt von Recht und Sitte zu beseitigen[164]), indem man die von der Sitte an den Rechtsgenossen gestellte Mehrforderung nicht als völlig unbeachtlich verwirft. Lediglich bei Gleichwertigkeit ist der Rechtspflicht der Vorrang vor der sittlichen Pflicht einzuräumen.

In seiner Entscheidung vom 10. Sept. 1935 hat das Reichsgericht in einem Fall, in welchem Vater und Tochter der in dem gemeinsamen Haushalt aufgenommenen Schwester des Vaters, die völlig gelähmt war, keinerlei Pflege haben angedeihen lassen und durch diese Verwahrlosung ihren frühzeitigen Tod herbeigeführt hatten, die Verurteilung der Tochter wegen fahrlässiger Tötung infolge Unterlassung der Pflege gebilligt, obgleich eine Rechtspflicht zum Han-

---

162) Broglio 46, Oetker VDA. II, 358, Böhm 56.

163) Dagegen dürften keine Zweifel bestehen, daß bei einer Wahl zwischen einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht und einer religiösen Pflicht die Erfüllung der letzteren keineswegs den Täter entschuldigt oder gar rechtfertigt: ein Jude, der in Berlin für einen Sonnabend als Zeuge geladen ist, will nicht erscheinen, da es ihm verboten sei, am Sonnabend mit der Straßenbahn zu fahren.

164) Wie es der dritte Leitsatz zum nationalsozialistischen Strafrecht und seine Begründung klar fordern: „Deutsches Rechtsgefühl und Sittlichkeitsempfinden klingen zusammen. Es wird Aufgabe des Staates sein, sein Recht so zu bestreiten und anzuwenden, daß es diesen Einklang von Recht und Sittlichkeit nicht störe, sondern hell und klar widerklinge."

165) J.W. 1935, 3106 = Deutsche Justiz 1935, 1591.

deln im älteren Sinne nicht bestand. Das Reichsgericht hat in diesem Fall die sittliche Pflicht für einander einzustehen, unter den obwaltenden Umständen sogar für eine Rechtspflicht erklärt. Es gelangt dann in seinen weiteren Ausführungen unter Hinweis auf den im § 330 c StGB. kundgegebenen Willen der Gemeinschaft, sich einander gegenseitig Hilfe zu leisten, zu der Aufstellung des Rechtsgrundsatzes, „daß Angehörige einer Gemeinschaft der oben ins Auge gefaßten Art auch ohne besondere Vorschrift oder vertragliche Bindung verpflichtet sein sollen, dem Genossen dieser Gemeinschaft Hilfe zu leisten, wenn er in Leibes- oder Lebensgefanr gerät, der er aus eigener Kraft nicht begegnen und zu deren Abwendung er auch fremde Hilfe nicht selbst herbeirufen kann. Diese Rechtspflicht tritt neben die bisherigen bereits von der Rechtsprechung anerkannten Pflichten. Sie findet ihre Grenze in dem, was sich durch die Umstände als unerläßlich erweist, und in dem, was der Hilfeleistende ohne erhebliche Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten zu tun in der Lage ist."

Als unter den Pflichtennotstand fallend sind weiterhin die Fälle zu lösen, in denen der Täter eine Pflicht nur durch Verletzung eines Rechtsguts erfüllen kann. Hier liegt m. E. letzten Endes gleichfalls eine Pflichtenkollision vor. Nach der Normentheorie liegt jedem strafrechtlichen Verbot oder Gebot eine Rechtsnorm mit entgegengesetztem Inhalt zugrunde. Wenn der Gesetzgeber daher im § 211 StGB. die Tötung eines Menschen verbietet, so gebietet er andererseits dem einzelnen Rechtsgenossen, das Leben seiner Mitmenschen zu schonen, unangetastet zu lassen. Infolgedessen handelt ein Schutzmann nicht rechtswidrig, der einen Selbstmörder mit der Pistole nötigt, aus dem Wasser zu kommen: in einem solchen Fall stehen im Widerstreit die Pflicht, für die Unversehrtheit des Bevölkerungsbestandes zu sorgen und die Pflicht, einen Menschen nicht im Gebrauch seiner persönlichen Freiheit zu behindern.

Diesen Fällen der Erfüllung einer Pflicht unter Verletzung eines Rechtsguts sind gleichzusetzen diejenigen der Rettung eines Rechtsguts durch Nichterfüllung einer Pflicht. Ein Arzt, der einen Patienten angeblich falsch behandelt hat, wird auf Schadensersatz verklagt. Um sich gegen die gestellten Ansprüche zu verteidigen, beauftragt er einen Kollegen, als Sachverständiger ein Gutachten zu erstatten. Den Arzt in diesem Fall wegen Vergehens gegen § 300 StGB. zu bestrafen, widerspricht der Gerechtigkeit. Man denke an das in solchen Fällen neben dem Zivilprozeß meist parallel laufende Strafverfahren wegen Körperverletzung unter Verletzung einer Berufspflicht: soll der Arzt in beiden Fällen durch die Pflicht, sein Berufsgeheimnis nicht zu offenbaren, gebunden sein und sich verurteilen lassen müssen? Hier sind der im § 300 StGB. vom Ge-

setzgeber lediglich im Interesse des Behandelten auferlegten Pflicht Schranken gezogen; die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß nicht unschuldig eine Existenz vernichtet wird.

Ein Unterschied besteht allerdings in all den Fällen, in denen dem einzelnen die Erfüllung der ihm auferlegten Pflicht auch bei dem Vorliegen eines Notstandes zur Aufgabe gemacht worden ist. Wird eine derartige Pflicht nicht erfüllt, so kann die Handlung in keinem Fall als rechtmäßig anerkannt werden[166]). Diese Ausnahmen vom Notstandsprivileg sind aufzustellen[167]) für die Personen, die durch Gesetz, Amtspflicht oder Vertrag, den Notstand zu bestehen, verpflichtet sind[168]). Bei diesen ist die Erfüllung der Pflicht unter allen Umständen zu verlangen, selbst wenn sie diese Pflichterfüllung mit ihrem Leben bezahlen müssen[169]). Vor allem hat dies für den Soldaten zu gelten. Ferner aber auch für die Beamten, die auf Grund ihres Treuverhältnisses der Gemeinschaft gegenüber verpflichtet sind, wie die der Polizei, Feuerwehr[170]) u. a. Jedoch ist m. E. nur insoweit eine Notpflicht anzunehmen, als es das Interesse des Gemeinwohls von den Beamten unbedingt erfordert. In den Zeiten des Parteienstaates hätte eine Exmission eines Arbeitslosen unter Inanspruchnahme der Polizei zu einem bestimmten Zeitpunkt unterbleiben können, wenn am Ort der Exmittierung eine aufgehetzte und eine drohende Haltung einnehmende Menschenmenge die Polizeibeamten niedergeschlagen haben würde. Hier tritt für die Allgemeinheit kein nichtwiedergutzumachender Schaden ein, wenn 24 Stunden später die Exmission durchgeführt werden kann, ohne daß es zum Blutvergießen kommt. De lege lata verstieß dieser Standpunkt bis zur Änderung durch die Novelle vom 28. 6. 35 gegen § 2 StGB. Denn er stellte praktisch eine Erweiterung der in den §§ 49, 84—88 Mil.StGB., 41 I Seemannsordnung nur für diese

---

166) Dies wird einhellig für das Sondergebiet des Strafvollzuges anerkannt, vgl. Broglio 50 und die dort angeführte Literatur.

167) Sofern dies noch nicht geschehen ist, z. B. §§ 49 I, 84—88 Mil.StGB., 34, 41 I Seemannsordnung.

168) Ueber die Frage, ob durch Vertrag eine Pflicht begründet werden kann, besteht Streit. M. E. ist nur in den Fällen eines vorangegangenen Tuns anzunehmen, daß für den Betreffenden eine Notpflicht entstanden ist, z. B. für den Bergführer erst, wenn er den Touristen hinaufgeführt hat, nicht schon mit dem bloßen Abschluß des Vertrages.

169) Zu weit geht jedoch Binding (Hdb. 782), wenn er vom Richter verlangt, eher den sicheren Tod auf sich zu nehmen, als in Lebensnot das Recht zu beugen. In einem solchen Fall wäre der Richter m. E. zu entschuldigen.

170) Baumgarten 50 f.

171) M. E. Mayer 302 Anm. 6.

Personenkategorien bestehenden Notpflichten dar. Wenn es außerdem noch anderen nicht gestattet war, sich auf einen Notstand zu berufen, so bedeutete die Aufstellung einer derartigen Schranke eine Analogie zuungunsten dieser Personen, mochte man auch behaupten[171]), in gewissen Fällen müsse man auf den Grundgedanken des Notstandes zurückgreifen. Diese dogmatischen Schwierigkeiten sind nunmehr durch die Neufassung des § 2 StGB. aus dem Wege geräumt. Jedoch bereits vor der Änderung der genannten Bestimmung wurde die Ansicht vertreten, daß es sich bei ihr um eine liberalistische, den Schutz der Einzelperson bezweckende Bestimmung handele, die nach der Machtübernahme ihre Bedeutung verloren habe. Im Interesse des Wohls der Gemeinschaft sei eine Ausdehnung der ursprünglich nur für Soldaten und Seeleute geschaffenen Notpflicht auf andere Personenklassen zu fordern[172]). Dieser Auffassung waren schon bereits früher Broglio[173]) und auch Henkel, der zugeben mußte[174]), daß eine derartige Lösung rechtspolitisch unbedingt notwendig sei.

Da die Staatsauffassung des neuen Reichs von dem sozialistischen Grundgedanken der Gemeinschaft ausgeht, muß sie es ablehnen, eine Notstandshandlung zu Gunsten eines einzelnen Rechtsgenossen dann für rechtmäßig zu erklären, wenn durch sie die Interessen der Gemeinschaft, das Gemeinwohl in erheblichem Maße beeinträchtigt werden. Bei der Güterabwägung ist deshalb darauf zu achten, daß die Handlung bei dem Ausgleich der Interessen nicht nur für die unmittelbar Betroffenen das kleinere Übel ist, sondern auch bei Berücksichtigung des Wohls der Volksgemeinschaft als der geringere Schaden zu beurteilen ist. Denn es geht nicht an, eine Handlung zu rechtfertigen, die jemand aus rein egoistischen Motiven vornimmt, ohne sich im geringsten um die Lebensinteressen der Allgemeinheit zu kümmern. Der Villenbesitzer, der seinen Teppich hochzieht, als der ertrinkende Knabe sich mit seiner Hilfe retten will, kann sich nie und nimmer darauf berufen, daß er sein bedrohtes überaus kostbares Eigentum habe retten wollen. Oder: eine Wassermenge droht einen Deich zu durchbrechen und das Flachland zu überschwemmen. An zwei Stellen ist eine Rettungsmöglichkeit bei einem Durchstich des Deiches und Ablaufenlassen des Wassers vorhanden. Dabei muß entweder eine Luxusvilla oder ein Fabrikgrundstück geopfert werden. Es ist klar, daß nur der Eingriff zugunsten des Fabrikgrundstückes als rechtmäßig zu beurteilen ist, mag auch die Villa erheblich wertvoller als die Fabrik sein. Denn die Allgemeinheit hat ein Interesse daran,

172) vgl. Peters JW. 62, 1561 ff., 1564.
173) S. 49/50.
174) S. 132.

daß die Fabrik nicht geopfert wird, da mit ihrer Hilfe neue Werte geschaffen werden und durch sie viele Arbeiter ihr Brot verdienen[175]).

In allen Fällen hat die Güterabwägung sodann stets so zu erfolgen, daß die Handlung, die unter Berücksichtigung des Gemeinwohls das kleinere Übel sein muß, sich außerdem als ein angemessenes Mittel darstellt[176]). Mag in vielen Interessenkollisionen der Gedanke der Güterabwägung zum Ziele führen, so muß m. E. doch ein regulatives Prinzip mit ihm verbunden werden. Ein unrichtiges Resultat führt diese Verbindung keinesfalls herbei. Denn, sofern sich die Lösung bereits mit Hilfe des Güterabwägungsprinzips ergibt, wird die Handlung zugleich ein angemessenes Mittel sein. Treten jedoch Umstände ein, aus denen sich nicht ersehen läßt, wie die Bewertung unter dem Gesichtspunkt der Güterabwägung vorgenommen werden soll, so wird durch dieses Regulativ des „angemessenen Mittels" m. E. eine richtige Entscheidung zu fällen sein.

Da der Begriff des angemessenen Mittels jedoch viel zu allgemein ist, dürfte eine Untersuchung darüber angebracht sein, was man unter diesem Begriff zu verstehen hat, vor allem aber, in welchen besonders häufig vorkommenden Fällen anhand desselben sich eine befriedigende Lösung ergibt.

Auszugehen ist davon, daß der Gesetzgeber nur insoweit Eingriffe in fremde Interessen zulassen kann, als er seinem Rechtsunterworfenen zumuten kann, den Eingriff zu dulden. Das bedeutet: jedem Menschen ist ein bestimmtes Maß eigen, bis zu welchem er Verletzungen seiner Rechtsgüter hinnimmt. Erreichen diese aber eine solche Stärke, daß niemand sich in der gleichen Lage mehr beherrschen und sie ruhig über sich ergehen lassen würde, so sind sie nicht mehr als rechtmäßig anzuerkennen, es sei denn, daß das Gemeinwohl es unbedingt erfordert — z. B. zur Verhütung eines Hoch- oder Landesverrats oder in einem Fall, in dem eine Notpflicht anzunehmen ist[177]). — Wenn zur Beseitigung des Notstandes etwa die Tötung eines Menschen erforderlich ist, so wird in diesem der Selbsterhaltungstrieb so stark sein, daß die Handlung ohne Gegenwehr nicht durchführbar sein wird. In einem solchen

175) vgl. dazu auch RG. in JW. 57, 662, wonach zugunsten des Schutzes des Briefgeheimnisses als eines Rechtsguts der Allgemeinheit und des Staates der Schutz der Amtehre des Angeklagten als des Rechtsguts einer Einzelperson zurückzutreten hat.

176) vgl. oben S. 32/33, 38/39.

177) vgl. das Beispiel von dem an Leib oder Leben bedrohten Diplomaten im Auslande, Weber 75.

Falle, in dem der andere, da er sich im Notstand befindet, sich dann wieder durch Eingriffe in Interessen anderer wird retten wollen, kann die Handlung nicht als angemessenes Mittel bezeichnet werden. Das Recht bezweckt die Erreichung des kompossiblen Maximums der Interessenbefriedigung (Mezger): eine solche muß man aber ablehnen, wenn durch die Notstandshandlung mehr Unfrieden gestiftet wird als dann, wenn sie unterbleibt. Hier kann nach der Rechtsordnung nicht die Handlung als angemessenes Mittel beurteilt werden[178]).

Aus der Angemessenheit des Mittels läßt sich ferner eine Antwort auf die Frage entnehmen, ob, wie es das Reichsgericht getan hat, eine bestimmte Qualifikation beim Täter zur Vornahme der Handlung gegeben sein muß. Das Reichsgericht verlangt in seiner Entscheidung[179]) im Falle der damals noch nicht gesetzlich geregelten Schwangerschaftsunterbrechung eine „besonders scharfe Prüfung an der Hand der Regeln der ärztlichen Wissenschaft, zu der ein Nichtarzt zumeist nicht in der Lage sein wird." Dieses Erfordernis stellt es noch strenger auf in Bd. 62 S. 137, wo zur Anwendung der Güterabwägungstheorie Voraussetzung ist, daß der Täter eine pflichtgemäße Prüfung vorgenommen hat. Rechtspolitisch mag das Reichsgericht damit eine richtige Entscheidung in dem damals zu beurteilenden Fall getroffen haben. Denn ohne diese Einschränkung war zu befürchten, daß die gewerbsmäßigen Abtreiberinnen durch Berufung auf vermeintlichen Notstand dann straffrei hätten ausgehen müssen. Rechtsdogmatisch dagegen muß die Entscheidung abgelehnt werden. Obwohl gegen diese Formulierung der Güterabwägungstheorie Sturm gelaufen worden ist[180]), hat das Reichsgericht seinen Standpunkt bis in die jüngste Zeit aufrecht erhalten[181]). Die Ansicht des Reichsgerichts kann einmal aus dem Grunde keine Zustimmung finden, weil es behauptet, aus der Güterabwä-

178) vgl. Lobe 32/33, 55.

179) E. 61, 255.

180) Eb. Schmidt Z. 49, 350 ff., 397, Frank 153, Mezger 242, Goldschmidt JW. 56, 2022, Siegert 27 — vgl. auch Oetker, Frankfestg. I, 384.

181) JW. 63, 169, vgl. auch E. 69, 308, in der die E. 62, 137 wieder zitiert wird. — Das KG. fordert unter Berufung auf das RG. in seiner Entscheidung vom 2. 8. 35 (Dtsch. Justiz 1935, 1596) zwar auch eine „gewissenhafte Prüfung und Abwägung der gegenüberstehenden Güter", aber gleich darauf macht es die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung davon abhängig, daß dem Täter bei billiger Beurteilung der im einzelnen gegebenen Sachlage seitens des Tatrichters die Nichtbegehung der Straftat zum Schutz seines Rechtsguts nicht zugemutet werden kann.

gungstheorie zu dieser Einschränkung gekommen zu sein, andererseits aber vor allem deswegen, weil dadurch in einen objektiven Rechtfertigungsgrund ein subjektives Unrechtselement hineingebracht worden ist, das hier nicht am Platze ist, abgesehen davon, daß im Augenblick der Gefahr der Täter keine Zeit zu einer pflichtgemäßen Prüfung haben dürfte. Die Rechtfertigung einer Handlung hat vielmehr lediglich auf Grund objektiver Sachlage zu erfolgen. Hierzu ist eine „pflichtgemäße Prüfung" nicht erforderlich, sondern die Handlung muß sich nur als objektiv geeignet darstellen, angemessenes Mittel sein, um den Notstand zu beseitigen. In diesem Sinne ist die Güterabwägung durchzuführen. Für den damals dem Reichsgericht zur Entscheidung vorliegenden Fall der Schwangerschaftsunterbrechung dürfte zumeist nur ein Arzt in der Lage sein, die Voraussetzungen einer medizinischen Indikation festzustellen, ausgeschlossen ist aber nicht, daß hierzu nicht auch zufällig ein Laie imstande sein könnte (etwa ein durchgefallener Medizinstudent). Wenn ein Arzt den Eingriff vornahm, so war seine Handlung ein angemessenes Mittel; der Eingriff eines Dritten hätte indes nur dann dazu gerechnet werden können, wenn die Schwangerschaftsunterbrechung medizinisch indiziert und andere Hilfe nicht mehr zu erreichen war. Unter diesen Voraussetzungen ist der Eingriff als rechtmäßig zu beurteilen, sofern dem Täter die Fähigkeit, einen solchen ordnungsgemäß vorzunehmen, nicht abzusprechen war[182]). Andernfalls würde die Handlung kein angemessenes Mittel sein: durch sie würde mehr Schaden angerichtet werden als im Falle ihrer Nichtvornahme[183]).

---

182) Ebenso Eb. Schmidt IKVM. N.F. 5, 156, Z. 49, 397; Olsh. § 218, 7 Ib, und Frank, 153, halten den Eingriff eines Nichtarztes sogar ohne die im Text gemachte Einschränkung für rechtmäßig.

183) Inzwischen ist durch Gesetz vom 26. Juni 1935 die Unterbrechung der Schwangerschaft geregelt worden. Darnach ist eine Schwangerschaftsunterbrechung, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt, nur dann zulässig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit desjenigen, an dem er sie vornimmt, und mit dessen Einwilligung vollzieht. Dieses ist im Ergebnis die Kodifikation der im Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Lehren. M. E. ist aber außer den im Gesetz aufgeführten Möglichkeiten noch der oben näher geschilderte Fall denkbar. Bei seinem Vorliegen ist dann fraglich, ob er deshalb als rechtswidrig angesehen werden müßte, weil der Gesetzgeber die Unterbrechung der Schwangerschaft in dem Gesetz endgültig und mit dem Anspruch auf Vollständigkeit hat regeln wollen, oder ob der erwähnte Fall nach den allgemeinen Notstandsregeln entschieden werden soll. Da er jedoch praktisch kaum vorkommen

Im Endergebnis ungefähr den gleichen Vorschlag einer Verbindung der Güterabwägungs- und Zwecktheorie, jedoch noch nicht ins einzelne gehend, hat Grünhut in seinem Aufsatz[184]) „Grenzen des übergesetzlichen Notstandes" gemacht. Er vertritt den Standpunkt, es müsse sich nicht darum handeln, ob die Zwecktheorie oder das Güterabwägungsprinzip anzuwenden seien, sondern darum, auf welchem Wege man am ehesten zu einer befriedigenden Lösung kommt. Es gehe nicht darum, ob nur das eine oder andere Prinzip als das einzig richtige zu vertreten sei, sondern man müsse versuchen, durch Zusammenstellung den richtigen Obersatz zu finden. In ähnlicher Weise äußert sich Wachinger. Er weist darauf hin[185]), daß das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 61 S. 242 ff. zwar die Güterabwägungstheorie für die allein brauchbare erklärt und die Zwecktheorie verworfen habe. Die Einschränkungen jedoch, die vom Reichsgericht gemacht würden, ergäben sich aus der Annahme einer beschränkten Kollisionstheorie und gingen letzten Endes auf den Zweckgedanken zurück. Denn Unrecht sei, wie Mezger behauptet[186]), Interessenverletzung. Daher seien die Rechtsordnung und ihr Sinn heranzuziehen: sie habe die Aufgabe, nach größtmöglichster Befriedigung der größtmöglichsten Zahl von Interessen zu streben (Mezger). Dieser Endzweck sei schlechthin jeder Norm immanent. Insofern sei notwendigerweise stets die Zwecktheorie maßgebend und deshalb auch nicht völlig zu verwerfen. Daß das Reichsgericht dies auch nicht wolle, gehe aus dem im Anfang der Entscheidung gemachten Hinweis hervor, daß ein Rechtfertigungsgrund auch dem ungeschriebenen Recht angehören und im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zweckes und des gesetzlichen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden könne. Eine Synthese der Güterabwägungs- und der Zwecktheorie befürworten ferner Eb. Schmidt[187]), Henkel[188]), Marx[189]) und Siegert[190]).

Streit herrscht über die Frage, ob eine Notstandshandlung auch dann gerechtfertigt werden kann, wenn der Täter die Notstandslage verschuldet hat.

Auszuscheiden ist der Fall, daß der im Notstand Befindliche den

dürfte, wird von einer weiteren Erörterung dieses Problems Abstand genommen.

184) Z. 51, 455 ff.
185) Frankfestg. I, 510/11, IKVM. N.F. 5, 111 ff.
186) G.S. 89, 270.
187) Z. 49, 374, IKVM. N.F. 5, 148, Liszt-Schmidt 187, 213.
188) S. 88.
189) S. 28.
190) S. 24/25, Z. 52, 56.

Gefahrenzustand herbeigeführt hat, um sich nachher auf den Notstand berufen zu können. Hier ist der Täter wegen vorsätzlicher Begehung der Rechtsgutsverletzung zu bestrafen[191]). Dagegen ist zweifelhaft, ob bei „verschuldeter" Herbeiführung des Notstandes dem Gefährdeten die Berufung auf ihn zu versagen ist. Ist er dadurch für verpflichtet zu halten, den Notstand zu bestehen?

Unverschuldetheit des Notstandes fordert der Gesetzgeber nur im § 54 StGB. als Voraussetzung der Straflosigkeit der begangenen Notstandshandlung, dagegen nicht in den §§ 228, 904 BGB.

Vereinzelt wird die Ansicht vertreten[192]), ob der Notstand verschuldet sei oder nicht, sei gleichgültig. Ebenso hat es das Reichsgericht abgelehnt[193]), die Unverschuldetheit auch in den gesetzlich nicht geregelten Fällen zu fordern. Zur Begründung seines Standpunktes beruft es sich auf die Notwehr- und die zivilrechtlichen Notstandsbestimmungen. Ihm ist Broglio[194]) mit der gleichen Beweisführung gefolgt. M. E. ist dieser Ansicht indes nicht beizupflichten. Denn die Notwehrmaterie kann nicht beim Notstand herangezogen werden. Sodann aber läßt sich aus den §§ 228, 904 BGB. noch nicht allgemein folgern, daß eine Verschuldung völlig unbeachtlich ist. Da in den Bestimmungen des BGB. nur ein Eingriff in Sachen zulässig ist, kann insofern kein allzu großer Schaden entstehen, als der Gesetzgeber eine Schadensersatzpflicht konstituiert hat. Vielmehr muß man zu folgendem Ergebnis gelangen: der Gesetzgeber hat de lege lata bei Eingriffen in andere Rechtsgüter als Sachen die Unverschuldetheit des Notstandes verlangt, um den Täter entschuldigen zu können. Infolgedessen ist ohne Bedenken per argumentum a minori ad maius zu schließen, daß diese Voraussetzung erst recht gegeben sein muß, um eine Handlung zu rechtfertigen.

Zu untersuchen ist nunmehr, wann der Notstand „verschuldet" ist und wie im einzelnen eine in solchem Fall begangene Rechtsgutsverletzung zu beurteilen ist. Das Reichsgericht[195]) hat die Frage der Verschuldung des Notstandes für eine Anwendung des § 54 StGB. erst bejaht, wenn der Täter die Notwendigkeit, eine Interessenverletzung vorzunehmen, vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen und sich dementsprechend hätte verhalten können: nicht sei der Notstand bereits verschuldet, wenn es nur die

191) Ebenso wie bei der actio libera in causa.

192) Geyer Grdr. I, 107, Hälschner I, 497, v. Hippel Z. 42, 422; Z. 47, 33, Kohler G.A. 56, 289, Holtzend. Handb. IV, 94; ferner die bei Binding, Hdb. 779 Anm. 74 Genannten.

193) E. 61, 255.

194) 53 ff.

195) E. 36, 340.

Gefahr sei. Dieser Standpunkt, den auch die meisten Schriftsteller zu dem ihren gemacht haben[196]), wird der Sachlage vollkommen gerecht. Würde man einen derartigen Unterschied nicht machen, so würde derjenige zu bestrafen sein, der einen wissenschaftlichen Versuch anstellt; das Gleiche müßte für viele Sportarten gelten. Das Reichsgericht hat in einem Fall, wo Ehegatten miteinander verkehren, obwohl sie damit rechnen, daß eine Schwangerschaft das Leben der Frau gefährden und nur eine Abtreibung die einzige Rettung sein würde, eine Verschuldung des Notstandes verneint, da keine Pflichtwidrigkeit vorgelegen habe. Durch die Aufstellung dieser Voraussetzung scheiden sowohl die soeben angedeuteten Fälle aus dem Gebiet strafbarer Handlungen aus als auch ist eine Straflosigkeit derer anzunehmen, die eine Rechtspflicht zum Bestehen des Notstandes haben; aber auch demjenigen, der versucht, einen Menschen aus einem brennenden Hause oder vom Tode des Ertrinkens zu retten, ist kein Vorwurf zu machen.

Wie der Täter einerseits bei Verschuldung der Gefahr noch nicht ohne weiteres damit rechnen muß, daß er zur Beseitigung der Gefahr auch in fremde Rechtsgüter eingreifen muß, so kann ihm andererseits nicht zugebilligt werden, wenn er bei Beobachtung der von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen und Umständen zu erwartenden Sorgfalt eine Rechtsgutsverletzung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen, daß er sich hernach auf den Notstand beruft. Darin, daß er sich trotz Vorhersehbarkeit der Notwendigkeit, fremde Rechtsgüter zu verletzen, zwecks Vermeidung des Notstandes sein Verhalten nicht geändert hat, sondern die Gefahr heraufbeschworen hat, liegt jeweils eine Pflichtwidrigkeit, aus der ihm ein Vorwurf zu machen ist: durch sein Handeln hat der Täter eine Ursache zu einer Rechtsgutsverletzung gesetzt, obgleich er imstande war, vorauszusehen oder voraussehen zu müssen, daß er den Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklichen werde. Infolgedessen trifft ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Demnach ist er in dem Fall, daß er bei Beobachtung der Sorgfalt, zu der er nach seinen persönlichen Verhältnissen und den Umständen verpflichtet und imstande ist, eine Rechtsgutsverletzung erkannt hat oder hätte erkennen müssen, aber trotzdem die Gefahr nicht vermieden hat, wegen fahrlässiger Begehung des auf Grund des Notstandes vorgenommenen Eingriffes zu bestrafen. Abzulehnen ist die Ansicht Broglios[197]), der ein delictum sui generis für die schuldhafte Herbeiführung des Notstandes im Falle einer Verletzung von Leib oder

196) Baumgarten 48, Allfeld 134, v. Hippel II, 223, Lobe § 54, 5, Oetker VDA. II, 343, Frank 165/6, Olsh. § 54, 7, Schwartz zu § 54 N. 3 b — a. M. von Bar 269, Köhler 377, Goldschmidt, Notstand 6.

197) S. 59.

Leben oder einer Begehung eines Hoch- oder Landesverrats vorschlägt. Hierzu ist er nur deshalb gekommen, weil er die Unverschuldetheit des Notstandes für nicht erforderlich hält. Die im § 54 StGB. aufgestellte Voraussetzung bezeichnet er als Requisit. Zu weitgehend erscheint ihm dies andererseits für die Eingriffe in Leib oder Leben oder bei einer Begehung eines Hoch- oder Landesverrats. Deshalb sieht er sich zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse gezwungen, für diese Fälle eine Schranke zu ziehen. Diese vorgeschlagene Sonderregelung erübrigt sich, wenn man alle Fälle gleichmäßig behandelt. Eine derartige Möglichkeit ist m. E. für das geltende Recht zu bejahen. Soweit eine gesetzliche Regelung fehlt, ist der Handelnde bei „verschuldeter" — fahrlässiger — Herbeiführung der Notstandslage wegen fahrlässiger Begehung der zur Behebung des Notstandes begangenen Tat zu bestrafen. Die Neufassung des § 2 StGB. gestattet eine solche Erweiterung der Straftatbestände zuungunsten des Täters nunmehr ohne jegliche rechtsdogmatische Schwierigkeiten.

Das gewonnene Ergebnis steht auch praktisch mit dem Rechtsempfinden im Einklang. Der Bergsteiger[198]), der, obwohl er damit hätte rechnen müssen, daß ihn Unwetter überraschen, eine Hütte beschädigt, um das Unwetter zu überstehen, bleibt straflos, da das Gesetz nur eine vorsätzliche Sachbeschädigung kennt. Andererseits: wenn ein Täter aus einer Notstandlage, bei der er hätte voraussehen müssen, daß er sich nur durch Verletzung von Leib oder Leben eines Dritten werde retten können, sich durch eine derartige Handlung befreit, so hat er sich wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung strafbar gemacht[199]).

Zweifelhaft ist, unter welchen Voraussetzungen Nothilfe für zulässig zu erklären ist. Unter „Nothilfe" versteht man die tatbestandsmäßige Handlung eines Täters, durch die er das Rechtsgut eines Dritten aus einer Notstandslage rettet.

Aus den Bestimmungen des geltenden Rechts läßt sich nicht ersehen, welche Auffassung der Gesetzgeber vertritt. Auf Grund der §§ 228, 904 BGB. wird jedem beliebigen Dritten ein Nothilferecht gewährt. Im § 54 StGB. dagegen ist die Nothilfe auf den Kreis der Angehörigen (§ 52 II StGB.) beschränkt. Bei der Beurteilung dieser

198) Beispiel bei Henkel S. 137.

199) Bei Sacheingriffen ist in den Fällen der §§ 228, 904 BGB. eine Rechtfertigung trotz „verschuldeter" Herbeiführung des Notstandes allerdings möglich, ein Ergebnis, das Liszt-Schmidt nicht mit Unrecht als bedenklich bezeichnet (S. 205). Die Frage jedoch, ob für alle Fälle des übergesetzlichen Notstandes, in denen dieser verschuldet ist, eine Rechtfertigung zu bejahen ist, läßt Eb. Schmidt offen, Z. 49, 404/5.

Frage ist davon auszugehen, daß die Nothilfe keine Teilnahme an der Notstandshandlung des sich in Gefahr Befindlichen darstellt, sich nicht ex iure tertii herleitet, sondern sie ist eine Tat aus eigenem Recht. Da bei der Rechtfertigung einer Handlung das objektive Moment der Interessenwahrung die Hauptrolle spielt, ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde demjenigen, der helfen will, das höherwertige Interesse zu erhalten, die Nothilfe verboten sein soll, wenn die Vornahme der Handlung durch den Täter selbst rechtmäßig ist. Daher ist — wie bei den Notrechten der §§ 228, 904 BGB. — analog im Falle einer Rechtfertigung der Handlung infolge Wahrung des überwiegenden Interesses die Ausübung der Nothilfe jedem Dritten zu gestatten[200]).

In den Fällen einer Nothilfe taucht weiter die Frage auf, ob der Wille des Gefährdeten in irgendeiner Weise von dem Nothelfer zu beachten ist. In den §§ 228, 904 BGB., 54 StGB. ist nichts erwähnt, woraus ein Schluß in einer bestimmten Richtung gezogen werden könnte Da im Falle einer Rechtfertigung das objektive Moment, die Rettung des für die Allgemeinheit wertvolleren Interesses ausschlaggebend ist, hat der Wille des im Notstand befindlichen unberücksichtigt zu bleiben: Der einzelne hat zugunsten der Allgemeinheit zu dulden, daß der Nothelfer so handelt, wie es das Wohl der Gesamtheit fordert, selbst wenn dies gegen seinen Willen geschieht. Denn als Rechtsgenosse hat er gegenüber der Allgemeinheit nicht nur Rechte, sondern vor allem und in erster Linie Pflichten[201])!

Für den besonderen Fall des jetzt obsolet gewordenen Staatsnotstandes stellte Hartung die Rechtfertigung der Nothilfehandlung auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Staates und seiner Organe ab[202])[203]): eine solche Einschränkung zu machen, war m. E.

---

200) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer zu entschuldigenden Notstandshandlung Nothilfe für zulässig zu erachten ist, wird erst später (S. 64/65) zu erörtern sein.

201) Eine Ausnahme ist lediglich wegen der eigenartigen Lagerung des Falles für die Schwangerschaftsunterbrechung zu machen, bei der ausdrücklich die Einwilligung als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Eingriffes vom Gesetzgeber gefordert wird, es sei denn, daß die Einwilligung nicht abgegeben werden kann (vgl. Art. 4 der vierten Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 11. 7. 35, RGBl. I, 1035).

202) J. R. 1931, 66 — zustimmend Wachinger IKVM. N.F. 5, 128/29.

203) Für die sonstigen Nothilfefälle will er ebenfalls den Geschäftsführungsgedanken des § 677 BGB. verwertet wissen; ein entgegenstehender Wille soll einer sittlichen Pflicht oder dem öffentlichen

nicht erforderlich. Denn, wie Henkel[204]) für die damalige Zeit mit Recht ausführte, war es möglich, sich ergebenden Auswüchsen dadurch zu steuern, daß die Handlung das einzige Mittel zur Rettung sein mußte. Wenn der Staat durch seine Organe sich zu schützen nicht imstande war und weniger schwere Eingriffe nicht zur Beseitigung des Notstandes ausreichen, stellte die Nothilfehandlung sich als ein solches dar.

Da eine Handlung nur dann Verbrechen ist, wenn sie tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft ist, wird in der nunmehr anzustellenden Erörterung zu prüfen sein, ob im Falle eines Notstandes eine Handlung, die nicht gerechtfertigt werden kann, entschuldigt werden kann.

Strittig ist, ob auch außerhalb der den Notstand betreffenden Schuldausschließungsgründe (§§ 52, 54 StGB., 67 II Personenstandsges., 130 MilStGB.) die Schuld des Täters entfallen kann. Zu unterscheiden ist hierbei hinsichtlich vorsätzlich und fahrlässig begangener Handlungen. Für das Gebiet der Fahrlässigkeitsdelikte wird fast einhellig — unter anderen vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[205]) — eine übergesetzliche Entschuldigungsmöglichkeit angenommen[206]). Für vorsätzliche Handlungen dagegen wird eine solche Möglichkeit teilweise abgelehnt: In seiner Entscheidung in Bd. 66 S. 399 hat sich das Reichsgericht nachdrücklich gegen die Behauptung verwahrt, daß es in dieser Frage einen bejahenden Standpunkt einnehme. Bereits vor Erlaß dieses Urteils hat Wachinger[207]) die These verfochten, aus den Entscheidungen des Reichsgerichts ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte zur Bekräftigung der in der Literatur vertretenen Ansicht der Zulässigkeit einer übergesetzlichen Entschuldigung bei vorsätzlichem Handeln. Vor allem bestreiten Frank[208]), Grünhut[209]), Kitzinger[210]), Klee[211]), Mar-

Interesse entsprechen. Dieser zivilrechtliche Gedanke ist abzulehnen, da es bei einer Rechtfertigung lediglich auf das objektive Moment der Wahrung des höherwertigen Interesses ankommt.

204) S. 123, 126/27.

205) E. 30, 25 (27/28); 36, 78; 341/2; 57, 148 (151), 172; 58, 27 (30), 130 (133, 134); 59, 282 (286); 61, 259 (263); 63, 18.

206) Aus diesem Grunde soll darauf verzichtet werden, die in Betracht kommenden Fragen noch näher zu erörtern.

207) Frankfestg. I, 494.

208) S. 137, der jedoch auf die E. 58, 97; 60, 101 hinweist.

209) Z. 51, 466: „Nichtzumutbarkeit nach objektivem Maßstab ist der gemeinsame Sinn bestimmter gesetzlich normierter Schuldausschließungsgründe".

210) J.W. 62, 406 f.

211) Festgabe zum 50 jähr. Bestehen des RG., Bd. V, 73/74.

cetus[212]) und Schaffstein[213]), daß auch über die Grenzen des gesetzlich geregelten Notstandes hinaus die Schuld bei vorsätzlichem Verhalten entfallen könne.

Die zur Ablehnung einer Entschuldigungsmöglichkeit bei vorsätzlichen Handlungen in den gesetzlich nicht geregelten Fällen vorgebrachten Gründe reichen indes m. E. nicht aus, um zu überzeugen. Wachinger[214]) versucht zu beweisen, daß in den Kuppeleifällen[215]) bereits die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Ehemannes verneint worden sei und daß in den Begünstigungsfällen[216]) der Täter aus dem Gesichtspunkt, daß die Selbstbegünstigung straflos sei, wie sich aus der Fassung des § 257 StGB. ergebe, nicht wegen einer zufällig nebenher laufenden Fremdbegünstigung zu bestrafen sei. Insbesondere sei aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Schuldausschließungsgründe zu entnehmen — und auf dieses Argument allein weist das Reichsgericht[217]) hin —, daß man sie beschränken wollte: daher könne einer Aufstellung ungeschriebener Entschuldigungsgründe für vorsätzliche Straftaten nicht zugestimmt werden[218]). Mit dem Hinweis auf die historische Entwicklung ist m. E. noch kein unumstößlicher Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptungen erbracht. Bei Erlaß des Gesetzes mag man eine Beschränkung beabsichtigt haben, später jedoch ist die Notwendigkeit eingetreten, eine solche fallen zu lassen, da sich Umstände ergeben haben, die erst im Laufe der Jahre Bedeutung gewannen und mit denen man vorher garnicht gerechnet hat[219]). Infolgedessen sind durch die historische Auslegung in dem Sinne, daß die §§ 52, 54 StGB. eine abschließende Regelung darstellen, einer Erweiterung der

212) S. 58/59.
213) S. 50/51, 70, 78 f.
214) Frankfestg. I, 496.
215) E. 58, 97, 226.
216) E. 60, 101; 63, 233.
217) E. 66, 399.
218) Mit der gleichen Begründung hält auch A. Merkel eine analoge Ausdehnung der Straflosigkeit auf andere als in §§ 52, 54 StGB. beschriebene Notstandsfälle für unzulässig. (Lehre von Verbrechen und Strafe, S. 187.) Außerdem aber würde — wenn auch ohne weiteres zuzugeben sei, daß die gesetzliche Regelung der Notstandsfälle völlig willkürlich, ja unvernünftig sei — dem Rechte seine Festigkeit und Objektivität genommen werden (a. a. O.): über diesen letzteren Einwand der Gefahr einer Rechtsunsicherheit s. Seite 58 f.
219) Erinnert sei z. B. daran, daß man sich dagegen gesträubt hat, die pfandrechtlichen Bestimmungen des BGB. zu erweitern. Trotzdem ist jetzt die Sicherungsübereignung wegen ihrer Unentbehrlichkeit im Verkehr contra legem anerkannt.

Schuldausschließungsgründe keine Schranken gezogen: da die Grenzen der §§ 52, 54 StGB. „notorisch zu eng"[220]) sind, steht insoweit einer übergesetzlichen Entschuldigung von Notstandshandlungen nichts im Wege. Da die Aufstellung von ungeschriebenen Entschuldigungsmöglichkeiten eine Analogie zugunsten des Täters bedeutet, stellt auch der § 2 StGB. einem solchen Versuch kein Hindernis entgegen.

Im weiteren wird zu untersuchen sein, aus welchen Gedankengängen heraus man zu der Möglichkeit, eine Notstandshandlung zu entschuldigen, gelangt. Zu diesem Zweck ist die Frage zu beantworten: was bedeutet „Schuld"? Wann liegt sie vor?

Die Schuld ist das Unwerturteil über den Täter im Gegensatz zur Rechtswidrigkeit, dem Unwerturteil über die Tat. Bahnbrechend in der Untersuchung des Schuldbegriffes war die Schrift Franks über den „Aufbau des Schuldbegriffs". Nach ihm ist das Wesen der Schuld Vorwerfbarkeit. Ein Verhalten des Täters ist jedoch nicht schon schuldhaft, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Denn trotz vorsätzlichen Handelns wird bei dem im Notstand Befindlichen durch § 54 StGB. die Schuld ausgeschlossen, fehlt die Schuld. Da sie andererseits als ein „nicht-sein-sollendes Wollen" zu bezeichnen ist, kann von einem vorwerfbaren Handeln erst dann die Rede sein, wenn der Täter die Freiheit des So- oder Anders-Handelns besaß, vorausgesetzt, daß er die Fähigkeit hatte, eine richtige Motivation vorzunehmen. Denn es wäre widersinnig, wenn der Gesetzgeber von dem Rechtsunterworfenen ein „Sollen" — der Rechtsordnung gemäß sich zu verhalten — dort fordern wollte, wo diese Freiheit, das „Können" nicht besteht[221]). Fehlt deshalb die Möglichkeit des Könnens infolge der Abnormität der „Umweltlage"[222]), „liegen" die die Tat begleitenden Umstände „so, daß zur Nichtbegehung der Straftat ein Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normalerweise niemandem zumuten kann, so fehlt es mit dem Können am Vorwurf und mit dem Vorwurf an der Schuld"[223]). Dem Täter ist ein Verhalten nicht vorzuwerfen, wenn von ihm in der beurteilenden Lage ein rechtmäßiges Verhalten nicht erwartet werden konnte, ihm nicht „zuzumuten" war, da sich erfahrungsgemäß in der gleichen Situation jedermann ebenso verhalten haben würde. Dies ist der Kern der noch zum Teil voneinander

220) Eb. Schmidt IKVM. N.F. 5, 151; vgl. ferner v. Hippel II. 228 f.

221) vgl. Kohlrausch, Ueber Strafrechtsreform, 21: „das Gesollte ist eben (nur) das generell Gekonnte.

222) Frank 136 — Das Reichsgericht spricht — (allerdings nur bei der Fahrlässigkeit) — von „besonderen Umständen": E. 67, 18.

223) Freudenthal S. 7.

abweichenden verschiedenen Meinungen[224]) der normativen Schuldlehre[225]).

Im Falle eines Notstandes ist bei der Prüfung der Schuld die Frage zu erörtern, ob sich der Handelnde auch anders verhalten konnte, ob nicht „eine durch besondere Umstände verursachte abnorme Beeinträchtigung der Freiheit, welche bei Berücksichtigung der Macht des Selbsterhaltungstriebes ein normgemäßes Verhalten beim Durchschnittsmenschen als „nicht zumutbar" erscheinen läßt"[226]), vorliegt. Z. B.: der Gefolterte gibt ein wichtiges Staatsgeheimnis preis, um sich vor einer weiteren Marterung zu retten[227]). — Schlitteninsassen, die von Wölfen verfolgt werden, werfen, um sich zu retten, einen Insassen aus dem Schlitten. — Der Bahnwärter, der die Weiche für den bereits herannahenden Zug stellen will, eilt auf die plötzlich vom nahen Teich herüberdringenden Hilferufe seines ertrinkenden Kindes dorthin, um es zu retten: der Zug entgleist, mehrere Menschen werden getötet. — Der Täter greift also in fremde Interessen ein, sei es, daß er ein höherwertiges Rechtsgut verletzt oder daß er eine bedeutsamere Pflicht nicht erfüllt, um ein eigenes, für die Rechtsordnung und Allgemeinheit jedoch geringeres Interesse zu schützen. In all diesen Fällen befindet sich der Täter im Augenblick der Vornahme der Notstandshandlung in einer derartigen seelischen Zwangslage, die zur Tat drängenden Motive sind im Vergleich zu den von ihr abhaltenden so übermächtig, daß ein ganz

224) vgl. Marcetus S. 7 ff.

225) „Die Lehre vom normativen Schuldelement hat auf der ganzen Linie gesiegt" (Henkel 61); vgl. vor allem Dohna, Rechtswidrigkeit, 68, 122; Z. 32, 326, 335, Finger 491, 492, Frank 136 f., Freudenthal bes. S. 10, Goldschmidt, Notstand 11 ff., Frankfestg. I, 428 ff., Hegler Z. 36, 184 ff., Kitzinger, Aphorismen 33, J.W. 62, 406, Köhler G. S. 95, 439 ff., 461, Kohlrausch, Ueber Strafrechtsreform 21, Liszt-Schmidt 220 ff., Mezger 248 f., Mittermaier Z. 32, 425, 435, Rosenfeld Z. 32, 477 ff., Sauer 552 ff., Siegert 45, E. Wolf, Frankfestg. II, 581, Wegner HdR. V. 367/8 — dagegen vor allem v. Hippel II, 275 f., Schumacher 1 ff., 36 ff. — Es wird in der normativen Schuldlehre dann weiter von den einen der Standpunkt vertreten (so auch vom Verfasser), das normative Schuldelement habe seinen Platz selbständig neben den Schuld e l e m e n t e n, Vorsatz und Fahrlässigkeit, während die anderen hingegen die Ansicht verteidigen, es sei bereits in den Schuld a r t e n, Vorsatz und Fahrlässigkeit, enthalten: dieser theoretische Streit ist m. E. müßig, sofern man sich darüber einig ist, daß außer dem psychologischen auch noch ein normatives Schuldelement vorhanden ist.

226) Wachinger IKVM. N.F. 5, 116.

227) Bspl. von M. E. Mayer S. 302 Anm. 4.

außergewöhnlicher Aufwand von Willenskraft nötig gewesen wäre, um sich noch für die Wahl eines anderen als des eingeschlagenen Verhaltens entscheiden zu können, ja, die Möglichkeit eines Anders-Handeln-Könnens wird dem Täter in seiner Verzweiflung meist garnicht bewußt[228]). Die Vorstellung von dem Eintritt der drohenden Gefahr übt auf den Täter einen solchen seelischen Druck aus, beeinflußt dermaßen den Ablauf des Motivationsprozesses, daß die Rechtsnorm als Bestimmungsnorm zu wirken vollständig aufhört oder, wie es das Sprichwort ausdrückt, Not kein Gebot kennt. Der Selbsterhaltungstrieb beherrscht den Täter so, daß er jede andere Regung seiner Gefühle für ein Rechthandeln mattsetzt. Dem Gefolterten z. B. schwebt nur der Gedanke vor, daß er von den Qualen sofort befreit wird, wenn er das Geheimnis offenbart. Diese Vorstellung bestimmt sein ganzes weiteres Handeln. Jedoch nicht nur der Selbsterhaltungstrieb, sondern auch die Nächstenliebe kann eine anormale Motivation herbeiführen: in dem Beispiel von dem Bahnwärter mag der Trieb zur Rettung seines Kindes noch größer als der zur eigenen Selbsterhaltung gewesen sein.

Ein die normale Motivierbarkeit ausschließender Seelenzustand der eben beschriebenen Art ist aber nicht allein in den Fällen der Not lediglich bei in concreto Handelnden vorhanden, sondern erfahrungsgemäß würde in der gleichen Lage wie der des Täters sich ihm auch ein Dritter nicht verschließen und entziehen können[229]).

Kommt man daher zu dem Ergebnis, daß auf Grund der den Täter zu seinem Handeln bestimmenden affektiven Momente ihm ein rechtmäßiges Verhalten an Stelle des tatsächlich eingeschlagenen rechtswidrigen nicht zugemutet werden konnte, so ist die Schuld für ausgeschlossen zu erachten.

Der Gedanke, daß sich dem angeborenen Selbsterhaltungstrieb kein Mensch entziehen kann, hat im geltenden Recht — z. B. im Wege der Auslegung — Berücksichtigung gefunden. Über die Straflosigkeit bei der Selbstbefreiung des Gefangenen ist man sich einig. Der Freiheitsdrang in der Seele des Gefangenen ist so gewaltig, daß es zwecklos wäre, für den Fall des Entweichens eine Strafe festzusetzen, da sie auf den Gefangenen hinsichtlich seines Ver-

228) Kohlrausch unterscheidet deshalb noch zwischen dem Fall, daß die Vorstellung einer Divergenz zwischen Trieb und Norm garnicht auftauchen konnte, und dem, daß sie zwar auftauchte, der Uebermächtigkeit des Triebes aber Rechnung getragen werden muß, Reform des Strafrechts S. 22.

229) Finger hat deshalb Recht, wenn er behauptet, daß unter „Zumutbarkeit" einmal zu verstehen ist die Beschreibung eines Erlebnisinhaltes, der aber andererseits zugleich zur Grundlage eines Werturteils gemacht wird, G.S. 98, 457/8.

haltens in keiner Weise bestimmend einwirken würde. Nicht anders verhält es sich bei der Selbstbegünstigung. Weiter gibt es Fälle, in denen man von einer geminderten Zumutbarkeit sprechen kann: in den §§ 157, 248 a, 264 a und 313 II StGB. mutet der Gesetzgeber dem Täter zwar ein anderes Handeln zu, aber angesichts des Umstandes, daß infolge des Notstandes die normale Motivierbarkeit durch die in ihm hervorgerufene seelische Zwangslage stark beeinträchtigt ist, wird die Strafe bedeutend ermäßigt. Diesen Fällen gegenüberzustellen sind auf der anderen Seite die, in denen bestimmten Personenklassen die Berufung auf den Notstand versagt wird oder zu versagen ist[230]). Ihnen ist auf Grund ihres Amtes, Berufes oder vertraglicher Verpflichtung über das Maß eines Durchschnittsmenschen hinaus zuzumuten, den von Natur vorhandenen Selbsterhaltungstrieb zu überwinden und die ihnen begegnenden Gefahren zu bestehen. Daher ist der diplomatische Vertreter im Auslande, der infolge Bedrohung an Leib oder Leben Landesverrat verübt, zu bestrafen.

Die Richtigkeit der an Beispielen erläuterten Gedanken beweisen vor allem die §§ 52, 54 StGB. Sie sind nichts anderes als die Anwendung der aus dem Schuldbegriff gewonnenen Erkenntnis. Andererseits kann man behaupten: mag bei Schaffung dieser beiden Bestimmungen der Gesetzgeber — m. E. mehr gefühlsmäßig als aus dogmatischen Gründen — der Überzeugung gewesen sein, daß nur diese Fälle es sein werden, in denen es keinen Sinn hat, von dem Rechtsunterworfenen ein Verhalten zu fordern, das die Mehrzahl der Rechtsgenossen selbst bei Androhung von Strafen nicht einschlagen würde; jedenfalls hat er aus dem Gesichtspunkt, daß grundsätzlich jeder in der gleichen Lebenslage ebenso wie der Täter gehandelt haben würde, in den §§ 52, 54 StGB., aufgezählten Fällen darauf verzichtet, eine Bestrafung eintreten zu lassen[231]). Diese Bestimmungen sind aber nur besondere aus der Reihe der mannigfach vorkommenden Fälle: sie kann man als „vertypte Entschuldigungsgründe" ansehen[232]). Da der Notstand des geltenden Rechts indes so, wie er einmal gehalten ist, nur einen Bruchteil der Fälle umfaßt, in denen die Vermeidbarkeit und mit ihr die Vorwerfbarkeit der Tat in Wegfall kommt[233]), so ist auch über die Grenzen der positiven Bestimmungen hinaus eine Entschuldigungsmöglichkeit anzunehmen[234]).

---

230) vgl. oben S. 42 f.

231) Das Gleiche gilt für die §§ 130 MilStGB., 67 II Personenstandsgesetz.

232) Eb. Schmidt IKVM. N.F. 5, 152/3; Liszt-Schmidt 284; so auch Finger 527, Wachinger, Frankfestg. I, 494.

233) Freudenthal S. 9.

Das Reichsgericht selbst hat vor allem in seiner Entscheidung in Bd. 60 S. 101 f. nicht umhin gekonnt, zuzugeben, daß dem in der Strafdrohung des § 257 StGB. ausgesprochenen Verbot da eine Grenze gezogen sei, „wo dem Handelnden nicht mehr zugemutet werden kann, dem Verbot Folge zu leisten, weil er sich sonst selbst der Gefahr einer Bestrafung aussetzen würde. ... „Da das Bestehen einer Gefahr eigener Strafverfolgung die Zumutbarkeit einer Befolgung der Norm des § 257 aufhebt und damit — dem Falle des Notstandes nach § 54 StGB. vergleichbar — beim Bestehen einer solchen Gefahr die Strafbarkeit entfällt." Diese Ausführungen, auf die das Reichsgericht in zwei weiteren Entscheidungen verweist, also voll aufrecht erhält[235]), können nicht anders gedeutet werden, als daß aus den gleichen Gründen wie in dem vertypten Entschuldigungsgrund des § 54 die Schuld des Täters entfalle. Infolge des jedem Menschen innewohnenden Selbsterhaltungstriebes könne von dem Täter keine Befolgung der Rechtsnormen gefordert werden — mit anderen Worten: die Gebote und Verbote gelten nur insoweit, als ein Können bei dem einzelnen Rechtsgenossen möglich sei. Wo dies fehlt, da ist dem Gebot oder Verbot eine Grenze gezogen, verliert der Befehl: „Du sollst, denn Du kannst!" seine Bedeutung.

Einige[236]) nehmen der Ansicht gegenüber, daß der Schuldvorwurf aufhöre, wo dem Täter ein rechtmäßiges Verhalten nicht zuzumuten sei, eine ablehnende Haltung ein, weil sie bei Durchführung dieser Lehre eine „Knochenerweichung des Rechts" (Liepmann) befürchten; hiermit werde einer Individualisierung der Strafrechtspflege der Weg geebnet[237]): auf diese Weise mache man die Schuld von der Persönlichkeit des Täters abhängig. Zuzugeben ist ohne weiteres, daß die einzelnen Menschen verschieden leistungsfähig sind. Man wird an den Akademiker höhere Anforderungen stellen, ihm mehr „zumuten", als einem einfachen Mann aus dem Volke. Allein die Lehre stellt es nicht im konkreten Fall auf die beim Täter besonders vorhandenen Charaktereigenschaften ab, vielmehr wird zur Entscheidungsgrundlage genommen ein Verhalten, welches ein

234) So vor allem Lobe 59, Freudenthal 15, Goldschmidt, Notstand 50, Frankfestg. I, 454/5; Henkel 26/27; Eb. Schmidt IKVM. N.F. 5, 151/2, Lehrb. Liszt-Schmidt 283/4; Mezger 373/4, Siegert 53/4, Z. 52, 55, IKVM. N.F. 5, 191, Wegner HdR. V, 367/8.

235) E. 63, 233 (237), 373 (375).

236) Liepmann Z. 43, 713; Klee, Festausg. z. 50 jähr. Bestehen des RG., Bd. V, 73/74; Kitzinger J.W. 62, 408; Großmann 8; Schumacher 132 Anm. 8; Schaffstein 51, 81.

237) Die Angriffe Großmanns hat Wegner m. R. als fehlgehend bezeichnet, S. 55 Anm. 1; vgl. ferner Siegert S. 46.

Durchschnittsmensch in der gleichen Lage einschlagen würde: also nicht ist zum Maßstab zu nehmen eine Heldennatur oder ein Feigling. Nur wenn der menschliche Durchschnittstyp in solcher Lage dem Trieb zum Unrecht widerstanden hätte (Kohlrausch) oder — noch deutlicher ausgedrückt —: nicht, weil dieser Täter unter den konkret gegebenen inneren und äußeren Umständen recht handeln „konnte", sondern weil ein solcher Täter unter solchen inneren und äußeren Umständen recht handeln „konnte"[238]), ist das Verhalten des einzelnen in concreto schuldhaft. „Die Feststellung der Schuld ist nichts anderes als die Konstatierung, daß die Persönlichkeit des Schuldigen in seinem individuellen Wollen-Können hinter den Anforderungen der Umwelt, die einem generellen, einem Durchschnittskönnen entnommen sind, zurückbleibt. Das Gesollte ist eben das generell Gekonnte"[239]).

Hiermit entfallen die von Finger gegen die Nichtzumutbarkeit geäußerten Bedenken. Dieser findet zwar das Streben begreiflich, welches dahin geht, die Entscheidung nach der Besonderheit des einzelnen Falles zu treffen. Aber — fährt er fort — das Recht verlangt indessen, wie ungleich die Menschen und ihre besonderen Lagen auch sein mögen, gewisse Lebensgrundlagen, in Beziehung auf die sie gleich sein sollen und in diesen Dingen soll gleiches Urteil sein über alle. Diese Forderung wird dadurch erfüllt, daß das Verhalten des Täters nach dem Können eines Durchschnittsmenschen zu beurteilen ist.

Gegen die Schaffung eines derartigen Menschentyps polemisiert Schumacher[241]). Das Können dieses „legendären Durchschnittsmenschen" werde jedesmal anders gefaßt werden[242]). Dem ist entgegenzuhalten, daß der Richter nach der nationalsozialistischen Weltanschauung das Recht zu ergänzen hat. Wenn Schumacher andererseits auf die zwischen Recht und Volk bestehende Kluft auch

238) Kohlrausch, Sollen und Können, S. 25.

239) Kohlrausch, Ueber Strafrechtsreform, S. 21.

240) S. 527.

241) S. 31/32, 134/5.

242) Denn jeder Notstandsfall sei „etwas Einmaliges". Diesen Vorwurf hat Siegert bereits richtig zurückgewiesen, S. 51, Anm. 6 — vgl. ferner Marcetus: „Jedem Urteil über die Willensfreiheit liegt ein Vergleich der Merkmale des konkreten Einzelfalles mit den die Willensfreiheit (d. h. das Können) indizierenden Merkmalen gleichartiger Durchschnittsfälle zugrunde. Es gibt gar keine Feststellung des freien Willens allein aus den Umständen des Einzelfalles heraus; es ist immer eine gewisse Generalisierung notwendig." — „Maßstab kann nur der Durchschnittsmensch und das Durchschnittsverhalten sein", S. 30.

für den Schuldbegriff hinweist[243]), so zeigt er selbst damit den Weg, auf welchem man auch in diesem Punkt zum richtigen Ziel gelangt, wenn er behauptet: „der ewige Zwiespalt zwischen Volksurteil und Justizurteil muß vom Volke aus überwunden werden". Seit dem Umbruch ist in dieser Richtung bereits sehr viel geschafft worden: es dürfte der Augenblick nicht mehr allzu fern sein, wo wir wieder auf allen Gebieten ein volksnahes Recht besitzen.

Aus der Aufstellung eines, auf Grund des Könnens eines Durchschnittsmenschen sich ergebenden objektiven Maßstabes[244]), ergibt sich sogar eine Differenz zuungunsten eines Täters, dessen individuelle Fähigkeiten nicht die generell unterstellten erreichen. Ein solcher Mensch, der nicht den von der Rechtsordnung gestellten Anforderungen entsprechen kann, setzt sich der Gefahr einer Bestrafung aus[245]). Andererseits aber wird dies einem solchen Rechtsgenossen zugleich ein Ansporn sein, die Kraft seines Könnens zu stählen: „Du sollst eben können!"[246]). In diesen Fällen hat das Strafrecht eine generalprävenierende Funktion, die Aufgabe und Möglichkeit, bei den Rechtsgenossen, die ein rechtmäßiges Verhalten veranlassende normale Motivierbarkeit zu stärken und zu festigen. Die ge-

---

243) 134/5.

244) Zustimmend Marcetus: der Maßstab der Zumutbarkeit muß ein allgemeiner sein, 44 — dafür auch Grünhut Z. 51, 466.

245) Schaffstein vertritt zwar die Ansicht, der Gedanke der Nichtzumutbarkeit enthalte eine in rechtspolitischer Hinsicht verhängnisvolle Gefahr der Abschwächung der Gesetzesbefehle (S. 42 ff.). Denn das Durchschnittsverhalten des einzelnen gegenüber der Norm sei jederzeit durch kulturelle, politische und wirtschaftliche Störungen anderer Art abhängig und, je fortgeschrittener die allgemeine Demoralisation ist, desto hilfloser sei das Strafrecht. Diese Auffassung mag bei Zugrundelegung der damaligen liberalistischen Einstellung gerechtfertigt gewesen sein. Nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus dürfte dieser Einwand Schaffsteins jedoch hinfällig sein. Denn jetzt ist maßgebend für das von dem einzelnen zu fordernde Durchschnittsverhalten die nationalsozialistische Weltanschauung. Bei Berücksichtigung des bereits unten (S. 6) angegebenen Verhältnisses des Rechtsgenossen zum Staat sind also einmal die an das Können des einzelnen gestellten Anforderungen höher als früher, sodann aber dürfte eine Aenderung des Maßes der Zumutbarkeit, wie sie Schaffstein andeutet (S. 45), ausgeschlossen sein. Infolgedessen ist es völlig unmöglich, daß bei Durchführung der Zumutbarkeitslehre „die Rechtsordnung, statt Führer zu sein für das Durchschnittsverhalten, schließlich zum Geführten des Durchschnittsverhalten wird" (S. 46).

246) Kohlrausch, Sollen und Können, 27.

gen den Gedanken der Nichtzumutbarkeit von den Gegnern vorgebrachten Bedenken reichen m. E. für eine Ablehnung dieser Lehre nicht aus. Im Gegenteil: Finger bezeichnet die Berücksichtigung der Zumutbarkeit als eine Einzelerscheinung im großen Prozeß der Ethisierung des Rechts[247]). Eine solche Weiterentwicklung der Schuldauffassung ist nicht, wie es Großmann[248]) will, zu verwerfen. Ja, er muß selbst zugeben, daß sich gegen die dem Reichsstrafgesetzbuch zugrunde liegende traditionelle Schuldauffassung das Rechtsgefühl des heutigen Menschen wehrt. Obwohl er im weiteren die enge Verbindung von Strafrecht und Ethik erkennt, mißbilligt er die Zersetzung der Tradition. Das bedeutet ein Festhalten an einem veralteten Begriffe aus reiner Liebe zum Althergebrachten anstatt den alten Zopf abzuschneiden und sich den Forderungen der Zeit anzupassen. Hier gerade liegt ein Fall vor, in dem man m. E. ruhig auf die Tradition verzichten kann. Dem heutigen Bestreben, Recht und Ethik in Einklang zu bringen, würde man mit dem Festhalten an der Tradition ganz unnötig ein Hindernis bereiten.

Kitzinger[249]) glaubt den Gedanken der Nichtzumutbarkeit durch ein Beispiel ad absurdum führen zu können: man denke sich Eltern, Gastwirtseheleute. Ihre hübschen jungen Töchter locken Gäste ins Haus, zechen reichlich mit ihnen, geleiten sie dann in ihre Privatgemächer und bringen so den elterlichen Betrieb erst recht in Schwung. Auch hier sei den Eltern nicht zuzumuten einzuschreiten, da sie sonst ihr Geschäft schädigen würden. Hier fehlt es einmal an der Notstandslage. Denn nach dem gegebenen Sachverhalt ist nicht anzunehmen, daß die Eltern ohne das Treiben ihrer Töchter überhaupt keine Existenz haben würden. Damit aber fehlt die Voraussetzung, die unbedingt erforderlich ist, um sich auf eine weitere Erörterung über den von Kitzinger angeführten Fall einzulassen.

Ferner läßt sich m. E. die von einzelnen Gegnern[250]) angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 63 S. 313 (318) weder im positiven noch im negativen Sinn für den Gedanken der Nichtzumutbarkeit verwenden. Denn das Reichsgericht läßt die Beantwortung der Frage, ob der Umstand, daß ein Widerspruch des Angeklagten gegen die Weisung seines Brotherrn ihm den Verlust seiner Stellung und länger dauernde Arbeitslosigkeit eingebracht hätte, ihn vor einer Bestrafung bewahrt hätte, offen, zum mindesten ist

247) Ein darauf hinweisender Ansatz findet sich bereits in der RG.-Entscheidung in Bd. 36, 78 (82).

248) S. 8/9.

249) J.W. 62, 406.

250) Wachinger, Frankfestg. I, 496, Marx 7.

durch den Gebrauch der Worte „im Zweifel" ihre Bejahung nicht ausgeschlossen.

Darüber, was dem einzelnen Rechtsgenossen zumutbar ist, kann nur von Fall zu Fall eine Entscheidung gefällt werden. Allgemeine Richtlinien lassen sich nicht aufstellen. Nur soviel ist gewiß, daß in unserem auf dem Gemeinschaftsgedanken aufgebauten Staat strengere Anforderungen zu stellen sind als in einem liberalistischen Staat, der nur das Wohl des Individuums im Auge hat[251]). Trotzdem aber wird man dem Rechtsgenossen, der zum Rechtsbrecher geworden ist und sich dadurch außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt hat, eine Befolgung der Rechtsnorm nicht mehr zumuten, wenn er infolge der humana fragilitas auf Grund der übermächtig zur Tat treibenden Motive es nicht mehr vermochte, „konnte", sich den Interessen des Gemeinwohls gemäß zu verhalten. Dem Menschen ist der Selbsterhaltungstrieb derart angeboren, daß seine völlige Leugnung nicht gefordert werden kann, ebenso wie kein Egoist von heute auf morgen zum Altruisten werden kann[252]).

Wäre die Entscheidung des Leinenfängerfalles[253]) in unseren Tagen gefällt worden, so müßte man sie m. E. nach dem eben Ausgeführten mißbilligen. Dem angeklagten Kutscher wäre es mit Rücksicht auf das Gemeinwohl zuzumuten gewesen, den Verlust seiner Stellung auf sich zu nehmen, statt durch Benutzung des ihm zugewiesenen Pferdes zum Fahren bewußterweise die Möglichkeit der körperlichen Verletzung eines anderen zu setzen. — Ebenso hätte es dem Ehemann zugemutet werden können, gegen das Treiben seiner Ehefrau einzuschreiten: in diesen Kuppeleifällen[254]) handelt es sich um Rechtsgenossen, die infolge ihrer Charakterschwäche schuldig geworden sind, mag dies auch tragisch erscheinen[255]). Denn die Ehe

---

251) Damit entfallen aber ohne weiteres die von Schaffstein (S. 46, 81, 82) erhobenen Bedenken, daß bei der Zumutbarkeitslehre die Staatsinteressen nicht genügende Berücksichtigung finden. Ein solcher Einwand war bei Abfassung seiner Abhandlung damals (Okt. 1932) berechtigt, zu einer Zeit, in der wir „im Zeichen der Kulturkrise und der Umwertung aller Werte" standen. Heute erübrigt es sich, „den Eigenwert des Staates als des höchsten und unableitbaren Zielpunktes der Rechtsordnung und die absolute Priorität der Gemeinschaftsinteressen zu betonen".

252) Zu weit geht deshalb Schumacher, der die allgemeinen Interessen denen des Individuums gegenüberstellt und die Strafrechtsschuld als einen Teil des objektiven Tatbestandes betrachtet, S. 133/4, vgl. auch S. 32.

253) E. 30, 25.

254) E. 58, 97, 226.

255) vgl. oben S. 6.

als Grundlage der Familie und des Volkes verpflichtet den Ehegatten zu ihrer Reinerhaltung auch der Gemeinschaft gegenüber, selbst wenn es hierbei zu Auftritten und einer Schädigung seiner geschäftlichen Beziehungen gekommen wäre.

Abschließend ist zu bemerken, daß der Gedanke der Nichtzumutbarkeit sich noch in der Entwickelung befindet. Kohlrausch ist darin beizupflichten, wenn er behauptet: „Er ist von Natur gesund"[256]). Bisher ist nur sehr vereinzelt mit ihm gearbeitet worden. Trotzdem sind die auf Grund desselben in der Rechtsprechung gewonnenen Ergebnisse zu billigen. Wie stets gegen die Verwendung von neuen Begriffen und Gedanken, so werden auch hier Bedenken vorgebracht! Z. B. arbeitet man bislang immer noch mit vielen Begriffen, für deren Definition das Gesetz nicht den geringsten Anhalt bietet. Aufgezählt seien aus dem Gebiet des Strafrechts „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit". Erinnert sei andererseits an den „untauglichen Versuch" oder die „mittelbare Täterschaft", die überhaupt nicht im Gesetz erwähnt sind. Oder aus dem Gebiet des Verwaltungsrechts: in ALR. § 10 II 17 wurde hineingelesen, daß die Polizei nicht wohlfahrtsfördernd zu wirken habe. — Das ist gerade Sinn und Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, daß sie beide gemeinsam zusammenwirken, um den betreffenden Gedanken klar und endgültig herauszukristallisieren. Das Recht ist nicht etwas Starres, sondern etwas Fließendes, ein sich dauernd veränderndes, sich weiterentwickelndes Gebilde: πάντα ῥεῖ [257]). Im Laufe der Zeit erweisen sich sodann die der Einführung eines neuen Begriffes — vor allem, wenn es sich, wie bei dem Gedanken der Nichtzumutbarkeit um einen ziemlich weitgehenden Begriff handelt — gegenüber geltendgemachten Bedenken als nicht stichhaltig. Wer möchte etwa heute noch bestreiten, daß der Begriff von „Treu und Glauben" im § 242 BGB. oder der „guten Sitten" in den §§ 138, 826 BGB. notwendig war. Trotzdem kann man behaupten, ist mit seiner Anwendung kein Mißbrauch getrieben worden.

Gewähr für eine Beurteilung der Frage, ob der Angeklagte zu entschuldigen ist, bietet letzten Endes nicht allein ein gutes Strafrecht, sondern vor allem und in erster Linie ein guter Strafrichter. Warum soll in seine Hände nicht die Entscheidung gelegt werden, ob, wenn die geschriebenen Schuldausschließungsgründe versagen, der Ange-

256) Ueber Strafrechtsreform, 21.

257) Als Beleg ist der Schuldbegriff anzuführen. Daß „Schuld" Vorwerfbarkeit bedeutet, war noch vor einem Vierteljahrhundert garnicht so selbstverständlich, wie es uns heute vorkommt. Andererseits besteht darüber, was unter dem Schuldbegriffe im einzelnen zu verstehen ist, heute noch keine Einigkeit: wir befinden un noch inmitten seiner Entwicklung.

klagte aus dem Grunde für nicht schuldig zu befinden ist, weil in der zu beurteilenden Lage jeder andere sich ebenso wie der Täter verhalten haben würde. Eine dieser vorgeschlagenen Lösung fast ebenbürtige Aufgabe hat der Richter vom Gesetzgeber m. E. in der Strafzumessung anvertraut erhalten. Genau, wie er sich darüber schlüssig werden muß, ob er die Tat etwa mit einer Freiheitsstrafe von einem Tag oder fünf Jahren oder nur einer Geldstrafe sühnen soll, ebenso wird er sich darüber klar werden können, ob im Falle eines Notstandes dem Angeklagten nach dem gesunden Volksempfinden unter Berücksichtigung der humana fragilitas, wobei zum Maßstab zu nehmen ist das Können eines Durchschnittsmenschen, ein rechtmäßiges Verhalten zuzumuten war oder nicht.

Zweifelhaft ist, in welchem Umfange bei einer rechtswidrigen, aber zu entschuldigenden Notstandshandlung Nothilfe zuzulassen ist. Handelt der Täter mit dem animus socii, um den im Notstand Befindlichen zu unterstützen, so ist er infolge der akzessorischen Natur der Teilnahme straflos. Handelt er dagegen mit dem animus auctoris, so wird er nach geschriebenem Recht nur entschuldigt, wenn er ein Angehöriger des Gefährdeten ist, §§ 52, 54 StGB. Die Nothilfe gerade auf die im § 52 II StGB. genannten Personen zu beschränken, ist m. E. willkürlich. An und für sich ging der Gesetzgeber von dem richtigen Gedanken aus, daß nur der Angehörige mit dem in Not Bedrängten mitfühlen, sich gleichsam in seine Lage hineinversetzen würde und es dem, der seinen Angehörigen in Gefahr wisse, nicht zuzumuten sei, durch tatenloses Zuschauen mitansehen zu müssen, wie hierdurch diesem ein Schade zustoße. Bei der Aufzählung der Personen indes hat der Gesetzgeber vergessen, daß nicht nur bei diesen, sondern auch bei anderen die bei „Angehörigen" bestehenden persönlichen Beziehungen gegeben sein können: z. B. zwei Freunde kennen sich von Kindheit an, sie sind zusammen aufgewachsen, haben zusammen studiert. Warum soll, wenn der eine sich in Bedrängnis befindet, ihm nicht der andere zu Hilfe eilen dürfen? — Fühlt der Nothelfer in einer Notstandslage der Geliebten mit dieser nicht ebenso mit, als wenn ihm persönlich die Gefahr drohte? Infolgedessen wird man in all den Fällen, in denen sich auch der Nothelfer in einem solchen seelischen Druck befindet, daß die normale Motivationsmöglichkeit aufgehoben ist, auch ihm nicht zuzumuten ist, sich dem Rechte gemäß zu verhalten, die Nothilfe für zulässig erklären müssen[258]). Zu weit geht ande-

258) Lobe 60, Siegert 59, Marcetus 71. Henkel 122, v. Hippel II, 231 erklärt die Beschränkung der Nothilfe auf Angehörige in den Fällen der §§ 52, 54 StGB. für veraltet und verfehlt. Er will den Gedanken „der auch für das Strafrecht maßgebenden Geschäftsführung

rerseits Stammler mit seiner Behauptung[259]), die Vorschrift des Strafgesetzbuchs stelle sich geradezu in direkten Widerspruch mit unserer Moral, der zufolge es Menschenpflicht sei, seinen Nebenmenschen aus drohender Gefahr zu befreien. Dem mag bei einer zu rechtfertigenden Handlung zuzustimmen sein. Für eine Entschuldigung ist jedoch als Voraussetzung zu fordern, daß der Nothelfer unter dem überwältigenden Eindruck der Gefahr gehandelt hat. Denn sonst würde es dem Nothelfer freistehen, auf welche Seite der Gefährdeten er sich schlagen will. Da seine Handlung zwar rechtswidrig ist, aber nur aus ebenfalls in seiner Person liegenden Gesichtspunkten entschuldigt werden soll, so muß bei ihm die gleiche psychische Zwangslage wie beim Gefährdeten vorliegen. Hierdurch aber ist m. E. der Kreis der Nothelfer zugleich ausreichend begrenzt. Es erübrigt sich deshalb eine Aufzählung oder nähere Beschreibung derjenigen Personen, bei denen dies zutreffen kann.

Es ist selbstverständich, daß die Fragen, die unter dem Ausdruck „Übergesetzlicher Notstand" aufgetaucht sind, bei der Neugestaltung des Strafrechts Berücksichtigung zu finden haben. Denn würde man all den Fällen, die bisher nicht mit Hilfe des Gesetzes entschieden werden konnten, keine gesetzliche Gestaltung geben, so hieße es, aus der Not eine Tugend machen. Das Ziel eines Rechtsstaates muß es sein, jede Gefahr einer Rechtsunsicherheit zu beseitigen und alle vorhandenen Lücken durch positive Bestimmungen zu schließen.

Nun ist es gerade auf dem Gebiet des Notstandes, das zu den umstrittensten des ganzen Strafrechts gehört, ungeheuer schwierig, eine einigermaßen befriedigende Lösung zu finden.

Es wird deshalb zu prüfen sein, welche der vorhandenen Lösungsmöglichkeiten am ehesten der Sachlage gerecht wird.

Eb. Schmidt[260]) will enger gefaßte Normen für einzelne, aus der Erfahrung bekannte Notstandsfälle geschaffen, im übrigen aber wie bisher im Wege der Lückenausfüllung eine Lösung gefunden wissen. V. Weber[261]), Köhler[262]), R. Schmidt[263]) und Broglio[264]) hin-

---

ohne Auftrag" in den gesetzlich nicht geregelten Fällen und bei den §§ 52, 54 StGB. angewandt wissen. Dieser Standpunkt ist m. E. als unrichtig zu bezeichnen. Denn der durchaus zivilrechtliche Gedanke kann nicht im Strafrecht verwandt werden, außerdem aber kann nur in den seltensten Fällen von einer das rechtswidrige Verhalten gerade entschuldigen sollenden anormalen Motivationslage gesprochen werden.

259) S. 80.

260) IKVM. N.F. 5, 159 f.

261) 129 ff.

262) 50 f., der nicht weniger als 11 Leitsätze aufstellt.

263) 124.

264) 73 f.

gegen schlagen eine möglichst ins einzelne gehende Kodifikation der sich ergebenden Fälle vor, während demgegenüber Grünhut[265]), Siegert[266]), Henkel[267]) und auch der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (ebenso wie s. Zt. der Amtliche Entwurf 1927) bestrebt sind, ein alle Möglichkeiten umfassendes Prinzip zu gewinnen.

Der Standpunkt Eb. Schmidts ist aus den bereits erwähnten Gründen nicht diskutabel. Will man andererseits eine genauere Beschreibung der Einzeltatbestände versuchen, so ist nicht zu bestreiten, daß hierzu eine große Anzahl von Bestimmungen nötig sein würde und daß ein derartiger Versuch letzten Endes Stückwerk bleiben muß gegenüber den sich im Leben ereignenden Notstandsfällen. Infolgedessen wird man sich auch von einer solchen kasuistischen Regelung abwenden müssen.

Es bleibt somit nur noch der letzte Vorschlag auf seine Verwendbarkeit zu prüfen. R. Schmidt[268]) ist zwar hinsichtlich seiner Kritik des Entwurfs 1927 zuzugeben, daß dessen Gesetzesvorschlag (§ 25) eine erschöpfende Regelung nicht gibt, sondern die Entscheidung im einzelnen Fall, wann und wie der Notstand strafbefreiend wirken soll, auf den Strafrichter abwälzt. Als Schwarzmalerei ist es aber m. E. zu bezeichnen, daß hierdurch die Gefahr einer Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit heraufbeschworen würde[269]). Bezüglich des § 27 der zweiten Lesung 1935 des Entwurfs der amtlichen Strafrechtskommission ist ein derartiger Einwand bisher nicht wieder erhoben worden. Überdies dürfte auch die Behauptung kaum zu bestreiten sein, deren Richtigkeit die gesamten Maßnahmen der Regierung zur Erziehung unseres Richter nachwuchses erkennen lassen, „daß das Problem des künftigen Strafrechts unserer Entwürfe das Problem des künftigen Strafrichters ist"[270]).

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei einer Notstandsbestimmung, die alle Fälle regeln soll, um eine allgemein gefaßte Norm, eine Generalklausel, handeln wird und muß. Eine derartige Bestimmung war dem liberalistischen Denken wegen ihrer unberechenbaren Folgen höchst unwillkommen: für den nationalsozialistischen Staat dagegen bildet die Generalklausel die Handhabe für

---

265) Z. 51, 469.
266) Z. 52, 56.
267) 162.
268) 123.
269) Zu der Frage, ob dem Richter die Entscheidung in concreto zu überlassen ist, ist bereits oben (S. 63/64) Stellung genommen worden. Das dort Ausgeführte hat übrigens ebenso für die Untersuchung hinsichtlich einer Rechtfertigung zu gelten.
270) Eb. Schmidt IKVM. N.F. 5, 164.

eine gerechte Entscheidung des Einzelfalles, zumal der Gesetzgeber doch nie alle im täglichen Leben vorkommenden Fälle jemals wird lückenlos regeln können. Bei einer starren Norm besteht zudem nur die Wahrscheinlichkeit, bei der Generalklausel indes die Notwendigkeit einer Übereinstimmung mit der gerechten Lösung, sofern sie unter einheitlichen Gesichtspunkten angewandt wird[271]). Hierzu bietet die nationalsozialistische Weltanschauung volle Gewähr. Denn im Gegensatz zu der liberalistischen Vielheit der Interessen sind heute die Interessen des einzelnen und der Volksgemeinschaft bestimmt genug begrenzt. Der vom Entwurf 1935 eingeschlagene Weg ist also grundsätzlich zu billigen.

Im einzelnen ist, insbesondere zu der vom Entwurf im § 27 gewählten Formulierung folgendes zu bemerken: Gegenüber der in der ersten Lesung in dem Abschnitt „Der Ausschluß von Unrecht und Schuld" gewählten Formulierung der Bestimmung, die klar zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand unterschied, je nachdem das bedrohte Rechtsgut das unverhältnismäßige wertvollere war oder nicht, hat man nunmehr in der zweiten Lesung unter der neutralen Überschrift „Ausschluß der Strafbarkeit" dem § 27 folgende Fassung gegeben: „Wer im Notstand handelt, wird nicht bestraft. Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem anderen nach gesundem Volksempfinden erwartet werden muß, daß er den drohenden Schaden duldet."

Als Grund für diese — vom bisherigen Standpunkt der Entwicklung aus gesehen — zum Teil einen Schritt nach rückwärts bedeutenden Fassung wird angegeben[272]), daß durch den in der Wissenschaft neu aufgeflammten theoretischen Streit über das Verhältnis von Schuld und Rechtswidrigkeit in dem zukünftigen Willensstrafrecht von einem die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstand nur gesprochen werden könne, wenn die Schuld entfalle. Infolgedessen gebe es im Willensstrafrecht, das vor allem die Willensschuld bekämpfe, keine Trennung mehr zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen[273]). Von den gleichen Gedan-

271) Lange, J.W. 62, 2859.

272) vgl. Schäfer, Dtsch. Justiz, 1935, S. 1517.

273) Wie Schäfer weiter ausführt, habe die Kommission deshalb, ohne zu diesem Streit zwischen Vertretern, die den im Text dargelegten Standpunkt einnehmen, und denen, die weiterhin die Ansicht verfechten, daß die Schuldfrage nicht auftauchen könne, wenn eine Handlung dem Rechte gemäß sei, nach der einen oder anderen Richtung Stellung nehmen zu wollen, dem Abschnitt eine neutrale Ueberschrift gegeben

kengängen getragen stellen die nationalsozialistischen Leitsätze für das Vorliegen eines Verbrechens die Folgerung auf: „Der Verstoß gegen eine Pflicht, die im Regelfalle als Verbrechen betrachtet werden müßte, ist im Einzelfall kein Verbrechen, wenn dieser Verstoß als notwendig erachtet werden konnte oder durch eine höhere Treupflicht sogar geboten erscheint[274]). Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß eine der gesunden Volksanschauung gerecht werdende Gesetzgebung nicht ein äußeres Vorliegen einer rechtfertigenden Situation berücksichtigen darf, sondern davon ausgehen muß, „daß der Täter handeln zu dürfen oder zu müssen g l a u b t". Dieser Vorschlag stellt es somit ebenfalls für die Frage der Straflosigkeit lediglich auf die subjektive Einstellung des Täters, seinen Willen, ab. Dieser Standpunkt ist indes nicht haltbar. Denn es handelt sich nicht so sehr darum, ob der Täter wegen seiner Schuld zu bestrafen ist oder nicht, sondern darum, inwieweit sich der durch den Notstandsangriff Betroffene diesem gegenüber zur Wehr setzen darf. Denn gesetzt den Fall, daß A. bei Vorliegen der im § 27 geforderten Voraussetzungen im Notstand befindet und er will oder muß zur Beseitigung seiner Gefahrenlage Rechtsgüter des B. verletzen, wodurch sich dieser gleichfalls in einen Notstand versetzt sieht, so würde bei Bewertung der beiden Handlungen lediglich unter dem Gesichtspunkt ihrer Willensentschlüsse nunmehr sich die Frage nicht beantworten lassen, wer hier im besseren Recht war, und es kann schließlich, wenn beide sich für gleichberechtigt halten, in die Rechtsgüter des anderen einzugreifen, möglicherweise mehr Schaden angerichtet werden, als wenn man die Ansicht vertritt, der eine von beiden handelt rechtmäßig, der andere dagegen nicht. Wenn man andererseits für die Beurteilung der Schuld bei A. und B. von dem Gesichtspunkt ausgehen will, daß bei demjenigen, der im Begriff war, das unverhältnismäßig wertvollere Rechtsgut zu retten, die Schuld entfalle, während dem anderen ein Schuldvorwurf zu machen sei, so ist nicht einzusehen, warum man nicht, da man hinsichtlich der Schuld doch objektive Wertungen heranziehen muß, von Anfang an gleich jede Handlung daraufhin prüft, ob sie gegen die Rechtsordnung verstößt und somit rechtswidrig ist oder nicht. Ergibt sich die Rechtmäßigkeit der Handlung, so braucht auf die Willensschuld nicht eingegangen zu werden. Vom anderen Standpunkt aus gesehen muß aber erst die Schuldfrage untersucht werden und, wenn sich diese nicht sofort entscheiden läßt, muß außerdem noch auf jeden Fall eine Erörterung der Tat auf Grund einer objektiven Wertung der gefährdeten und verletz-

---

und sich in den Bestimmungen über die Notwehr und den Notstand dem Sprachgebrauch angelehnter untechnischer Ausdrücke bedient.

274) S. 15.

ten Rechtsgüter stattfinden. Mit diesem, für die Fällung einer Entscheidung einen Umweg bedeutenden Verfahren sind übrigens die sich ergebenden Schwierigkeiten noch nicht zu Ende. Denn im Falle der Durchführung der geplanten Regelung bleibt ebenso wie vorhin weiter die Frage offen, wie es sich in den Fällen der Nothilfe oder der strafbaren Unterlassung verhält, warum und wann Hilfe geleistet werden darf oder wann jemand trotz Unterlassung straflos ist. Will man die Schuld der Handelnden prüfen, so ist dies nur auch unter Berücksichtigung der objektiven Sachlage möglich. Infolgedessen ist es m. E. ratsam, sich auf den Standpunkt zu stellen, die Schuldfrage ist erst zu prüfen, wenn die Rechtswidrigkeit zu bejahen ist und demgemäß die einzelne Tat daraufhin sofort zu untersuchen, ob die Rechtsordnung sie trotz Erfüllung eines Verbrechenstatbestandes für nicht rechtswidrig erklärt. Schäfer[275]) kann auch darin nicht beigestimmt werden, daß durch die Aufgabe der weiteren Unterscheidung bei den Notstandsfällen in rechtmäßige und entschuldbare Handlungen eine wesentliche Vereinfachung erreicht worden ist. Mag diese Lösung auch auf den ersten Blick wegen ihrer Einfachheit verblüffen und genial erscheinen, vor allem wegen ihrer volkstümlichen Ausdrucksweise, bei näherer Betrachtung kann man sich jedoch des Eindrucks nicht erwehren, daß diese Formulierung zu Ergebnissen führen wird, die den sich im Leben abspielenden Fällen nicht gerecht wird. Nicht mit Unrecht muß Schäfer[276]) seine Kritik der in der 2. Lesung beschlossenen Änderungen voll Resignation mit den Worten abschließen: „Ob insgesamt die neue vorgeschlagene Regelung der Notwehr und des Notstandes, die vielleicht doch ein wenig den Eindruck einer Notlösung erwecken könnte, eine genügende klare und volkstümliche Lösung bringt, wird der Nachprüfung bedürfen"...

Die von den nationalsozialistischen Leitsätzen empfohlene Zusammenfassung der Notwehr- und Notstandsfälle erscheint nicht angebracht. Denn damit würden alle tatsächlich doch vorhandenen und im Laufe der Zeit herausgearbeiteten Unterschiede (beim Notstand braucht die Gefahr beispielsweise nicht durch eine menschliche Handlung hervorgerufen zu sein, während bei der Notwehr stets ein menschlicher Angriff erforderlich ist) wiederum vermischt werden, ohne hierdurch zu einer besseren Lösung zu gelangen. Überdies hat sich der Ausdruck „Notwehr" bereits eingebürgert. Es ist nicht einzusehen, warum gerade in einem derartigen Fall in Zukunft dieser Begriff durch Verbindung mit dem des Notstandes verschwinden soll, ohne ihn durch einen neuen, dem Volke verständlichen Ausdruck zu ersetzen. Mit Recht unterscheidet daher die amtliche Kommission, ohne in den Fehler zu verfallen, der m. E.

275) Dtsch. Justiz 1935 S. 1517.
276) a. a. O.

in der Entwicklung einen Rückschritt bedeuten würde, eine Verschmelzung der vorgeschlagenen Art vorzunehmen, weiterhin zwischen Notwehr und Notstand.

Daß die in der ersten Lesung in Aussicht genommenen besonderen Bestimmungen über die Abwehr einer von der Sache oder einem Tier drohenden Gefahr wieder fallen gelassen worden sind, ist zu begrüßen. Entweder kann eine zur Abwehr eines Schadens in derartigen Fällen vorgenommene Handlung auf Grund des § 228 BGB., sofern man diese Bestimmung bestehen läßt, oder mit Hilfe der Notstandsbestimmungen entschieden werden.

Insoweit, als in der beabsichtigten Regelung das Prinzip des höherwertigen Rechtsguts als Ausgangspunkt dient, kann man dem Entwurf ebenfalls ohne Bedenken zustimmen.

Wenn Klee in dem Bericht[277]) über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission darauf hinweist, daß durch die Anwendung der Worte: „wenn nicht ... nach gesundem Volksempfinden erwartet werden muß, daß er den Schaden duldet" die Kommission von dem individualistischen Begriff der Zumutbarkeit hat abrücken wollen, so dürfte demgegenüber darauf hinzuweisen sein, daß die gewählte Formulierung einen Maßstab darstellt, der ebenfalls noch nicht entwickelt ist, sondern auch von Fall zu Fall bestimmt werden muß. Dadurch, daß die Handlung dem Durchschnittsmenschen zumutbar sein soll, ist bereits eine genügende Objektivierung eingetreten. Allen sich etwa trotzdem zeigenden Auswüchsen wird dadurch eine Schranke gezogen, daß in jedem Fall das Einzelinteresse des Täters allein durch die Rücksichtnahme auf das Wohl der Volksgemeinschaft bedingt ist, also erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Im Ergebnis deckt sich diese geplante Regelung praktisch mit der vom Verfasser vorgeschlagenen Formulierung.

Weiterhin beizubehalten sind die für bestimmte Lebensgebiete vorhandenen Sonderregelungen[278]) (z. B. im See- oder Luftverkehr), da sie sich als brauchbar erwiesen haben und den praktischen Bedürfnissen gerecht werden[279]).

Faßt man die im einzelnen gemachten Ausführungen zusammen, so gelangt man, um den übergesetzlichen Notstand zu beseitigen, unter Einbeziehung der auch de lege lata vorhandenen Bestimmungen etwa zu folgendem Gesetzesvorschlag:

> Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, anders nicht anwendbare erhebliche Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden.

---

277) S. 67.

278) vgl. oben S. 11 Anm. 35.

279) Als neue Sonderbestimmung für Aerzte ist noch der ab 1. April 1936 in Kraft getretene § 13 Reichsärzteordnung zu nennen.

Eine im Notstand begangene Handlung ist rechtmäßig, wenn unter Berücksichtigung des Wohls der Volksgemeinschaft der angerichtete Schaden gegenüber dem verhüteten Schaden der weitaus geringere ist und die Handlung als ein angemessenes Mittel anzusehen ist.

Hat der Täter im Notstand eine rechtswidrige Handlung begangen, so ist er straffrei, wenn ihm oder dem anderen bei Berücksichtigung des Wohls der Volksgemeinschaft nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden.

Die folgenden Quellen und Hilfsmittel habe ich für die Ausarbeitung benutzt:

Ahrens: Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, 1909, in Strafrechtl. Abh., H. 101.

Arndt: Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 1929, in Strafrechtl. Abh., H. 268.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts, 1926.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1908.

Baumgarten: Notstand und Notwehr, 1911.

Behr: Medizin und Strafrecht, 1903, in GerS. 62.

Beling: Grundzüge des Strafrechts, 1925 — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, 1924, in Z. 44 — Die Lehre vom Verbrechen, 1906 — Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1923.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1898.

Binding: Handbuch des Strafrechts, 1885 — Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 1913 — Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. IV, 1919.

Böhm: Der Grund der Straflosigkeit der Notstandshandlung, 1911.

Broglio: Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1928.

v. Calker: Frauenheilkunde und Strafrecht.

Dahm und Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933.

Dölle: Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1926, in Verhdlg. d. 34 DJT. Bd. I.

Dörr: Die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung nach geltendem und künftigem Recht, 1929, in Strafrechtliche Abh., H. 251.

Graf zu Dohna: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905 — Recht und Irrtum, 1925 — Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand, 1912, in Z. 33 — Die Elemente des Schuldbegriffs, 1905, in GerS. 65 — Schwangerschaftsunterbrechung und Unfruchtbarmachung, insbesondere bei sozialer und eugenischer Indikation, 1932, in IKVM. N.F. 6.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 1929 — Ders., Allgemeiner Teil, 1933.

Elster: Rechtswidrigkeit, 1927, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. IV.

Exner: Gerechtigkeit und Richteramt, 1922.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904 — Strafrecht, 1932 — Bemerkungen zum Allg. Teil des Entwurfs eines Deutschen Strafgesetzbuchs (1919) und zum Vorentwurfe für ein italienisches Strafgesetzbuch (1921), 1922, in GerS. 88 — Die Reichstagsvorlage des amtl. Entwurfs eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuchs, 1927, in GerS. 95 — Besprechung von Marcetus, Der Gedanke der Nichtzumutbarkeit, 1929, in GerS. 98 — Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, 1930, in Frankfestg. Bd. I.

Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit, 1922.

Frank: Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907 — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931.

Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922.

Gallas: Die Krise des Strafrechts und ihre Ueberwindung im Staatsgedanken, 1933.

Gelbert: Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafrecht des Neuen Reichs, 1934, in Deutsches Recht.

Gerland: Deutsches Strafrecht, 1932.

Geyer: Die Lehre von der Notwehr, 1857 — Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1. Hälfte, 1884.

Goldschmidt: Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913 — Der Prozeß als Rechtslage, 1925 — Normativer Schuldbegriff, 1930, in Frankfestg. Bd. I.

Großmann: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924.

Grünhut: Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, 1931, in Z. 51.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.

Hammacher: Der Charakter der Notstandshandlung, 1907.

Hartung: Notwehr und Notstand zugunsten des Staates, 1931, in der Jur. Rundschau.

Hegler: Die Merkmale des Verbrechens, 1915, in Z. 36 — Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, 1930, in Frankfestg. Bd. I.

Heimberger: Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, 1908, in VDA. IV — Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1926, in Reform des Strafrechts.

Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926, in Strafrechtl. Abh., H. 211.

Henkel: Die Rechtsnatur des Notstandes, 1927 — Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932.

v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, 1922, in Z. 42 — Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, 1926, in Z. 47 — Lehrbuch des Strafrechts, 1932 — Deutsches Strafrecht, Bd. II, Das Verbrechen, allgemeine Lehren, 1930.

Hofacker: Die Leipziger Kriegsprozesse, 1923, in Z. 43.

Hold v. Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, II, 1903/1905.

Honig: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919.
Hürth: Güterabwägungstheorie, in den „Stimmen der Zeit", Bd. 116.
Jabinski: Zur dogmatischen Kritik der Notstands- und Notwehrhandlungen, 1914.
Janka: Der strafrechtliche Notstand, 1878.
Jansen: Pflichtenkollisionen im Strafrecht, 1930, in Strafrechtl. Abh., H. 269.
Jellinek: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878 — Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.
Kahl: Der Arzt im Strafrecht, 1909, in Z. 29.
Kitzinger: Aphorismen, 1923 — Uebergesetzlicher Notstand und kein Ende, 1933, in J.W. 62.
Klee: Vorsatz und Pflichtwidrigkeit, 1920, in Goltd. Arch. Bd. 69 — Der Einfluß der Volksanschauung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1929, in der Festg. zum 50 jähr. Bestehen des Reichsgerichts Bd. V — Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, 1934, in „Das kommende Deutsche Strafrecht", Allg. Teil — Strafe ohne geschriebenes Gesetz, in D.J.Z. 1934.
Köhler: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917 — Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, in GerS. 95 — Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926.
Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903 — Rechtswidrigkeit, 1905, in Z. 25 — Die Schuld, in Reform des Strafgesetzbuchs, 1910 — Die „Straftat" im Deutschen Strafgesetzentwurf 1919, 1921, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht — Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925, in Reform des Strafrechts, 1926 — Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1934.
Lange: Generalklauseln und neues Recht, 1933, in JW. 62.
Liepmann: Besprechung von Freudenthal „Schuld und Vorwurf", 1922, in Z. 43.
v. Lilienthal: Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, 1899, in der Festg. für Bekker — Der Zweck des Straf- und Schuldmoments, 1900, in Z. 20.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1932.
Lobe: Strafbare und straflose Schwangerschaftsunterbrechung, 1928, in Jur. Rundschau.
Marcetus: Der Gedanke der Nichtzumutbarkeit, 1928, in Strafrechtliche Abh., H. 243.
Marx: Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand, 1933.
Matzke: Was bedeutet die Ueberwindung der liberalistischen Weltanschauung für die heutige Stellung des Richters zum Strafgesetz?, in JW. 1934.

Mayer, M. E.: Recht und Kulturnormen, 1903 — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1915 — Rechtsphilosophie, 1922.
Merkel, A.: Kriminalistische Abhandlungen, 1867 — Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1889 — Die Lehre von Verbrechen und Strafe, herausgegeben von Liepmann, 1912.
Merkel, P.: Notrechte und strafausschließende Notlagen im künftigen Strafrecht, 1912/13, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, IX. Jhrg.
Merkel, R.: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, 1895.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1912.
Mittermaier: Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit, 1911, in Z. 32.
Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente, 1924, in GerS. 89 — Lehrbuch des Strafrechts, 1931.
Nagler: Der heutige Stand von der Lehre von der Rechtswidrigkeit, 1911, in der Festschrift für Binding, Bd. II — Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung, 1934, in Deutsches Recht.
Nathan: Ueber den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, 1923.
Oetker: Notwehr und Notstand, 1908, in VDA. II — Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, 1928, in GerS. 97 — Zum Urteil des RG. 2. Str.Sen. v. 8. Mai 1929 gegen R., Entsch. Bd. 63 S. 215 flg., 1930, in GerS. 99 — Notwehr und Notstand, 1930, in Frankfestg. Bd. I.
Olczewski: Die Subsumtionsfessel, in Deutsches Recht, 1934.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1927.
Oppenheim: Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1892.
Peters: Nationalsozialismus und Strafrecht, 1933, in J.W. 62.
Radbruch: Geburtshilfe und Strafrecht, 1907 — Die Abtreibung, in VDB. V.
Reichel: Gesetz und Richter, 1915 — Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1926, in Vhdlg. d. 34. DJT. Bd. I.
Rosenberg: Strafbare Heilungen, 1903, in GerS. 62.
Rosenfeld: Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, 1911, in Z. 32.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921 — Gesetz und Rechtsgefühl, 1912, in Z. 33 — Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des Preußischen Justizministers, in DJZ. 1933.
Schaffstein: Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund (Abhandlungen der Rechts- und Staatsw. Fakultät der Universität Göttingen), 1933.

Schäfer: Der Allgemeine Teil des kommenden deutschen Strafrechts nach den Ergebnissen der 2. Lesung der amtlichen Strafrechtskommission, 1935, in Deutsche Justiz.

Schmidt, Eb.: Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand. 1929, in Z. 49 — Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung, 1931, in IKVM. N.F. 5.

Schmidt, Fritz: Zum neuen Strafgesetzbuch, in Deutsches Recht, 1934.

Schmidt, R.: Grundriß des deutschen Strafrechts, 1931.

Schmitt: Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, 1933, in JW. 62.

Schumacher: Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, 1914.

Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930.

Siegert: Notstand und Putativnotstand, 1931 — Notstand und Putativnotstand in der Strafrechtsreform, 1932, in Z. 52.

Stammler: Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, 1878.

Thoma: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932.

Torp: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, 1903, in Z. 23.

Traeger: Zu den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetz, 1922, in Z. 43 — Die strafbare Handlung, 1926, in GerS. 92 — Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, 1927, in GerS. 94.

Vacano: Soll eine Analogie zuungunsten des Angeklagten möglich sein?, in Deutsches Recht, 1934.

Wachinger: Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1930, in Frankfestg. Bd. I — Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung, 1931, in IKVM. N.F. 5.

v. Weber: Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925.

Wegner: „Schuld" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1928, Bd. V — Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerunrecht, 1925, Hamburger Schriften, H. 7 — Zum Notstand im Entwurf des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1925, in Jur. Rundschau, 1925.

Westerkamp: Streitfragen des Notstandsrechts, 1918.

Wolf, Erik: Die Stellung der Verwertungsdelikte im Strafrechtssystem, 1930, in Frankfestg. Bd. II.

Wolter: Das Notrecht, 1928/29, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftphilosophie, Bd. 22.

Würzburger: Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des BGB., 1930, in Strafrechtl. Abh., H. 48.
Zeiler: „Münzfernsprecherbetrug", in JW. 1935.
Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, 1906, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 99.

— Amtlicher Entwurf des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1927, nebst Begründung.
— Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz: Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen.
— Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Lesung, 1935, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommissionen).
— Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil, herausg. vom Reichsrechtsamt der NSDAP., 1935.
— Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers, 1933.

Lebenslauf.

Am 17. März 1911 wurde ich als Sohn des Forstverwalters Karl Wolff und dessen Ehefrau Elisabeth, geborenen Lüdecke, in Straßberg Krs. Lauban (Schlesien) geboren. Ich besuchte das humanistische Prinz Heinrichs-Gymnasium zu Berlin-Schöneberg, das ich Ostern 1929 mit dem Abitur verließ. Sodann studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Halle. Vorlesungen und Übungen hörte ich insbesondere bei den Professoren Bruns, Heymann, Kipp sen. und jun., Klee, Kohlrausch, Peters, Smend, Stutz, Titze, Wolff in Berlin, Finger und Schwinge in Halle. Nach der im September 1933 am Kammergericht in Berlin bestandenen 1. juristischen Staatsprüfung begann ich im Oktober 1933 meinen Vorbereitungsdienst, den ich im Oktober 1935 unterbrach, um ein Jahr als Freiwilliger bei der 12. (M.G.)Komp./I.R. Braunschweig in Celle zu dienen. Am 26. Juni 1936 bestand ich das Doktorexamen.

Den Herren Geh. Justizrat Prof. Dr. Finger † und Prof. Dr. Wegner schulde ich für die Förderung meiner Arbeit und Übernahme des Referats besonderen Dank.